

Gleichbehandlung bei Bauentscheiden

DISSERTATION
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
ALEX STAUB
von Zug

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Walter Haller

1982



Juris Druck + Verlag Zürich
1981

Gleichbehandlung bei Bauentscheiden

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
ALEX STAUB
von Zug

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Walter Haller



Juris Druck + Verlag Zürich
1981

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 9. Dezember 1981

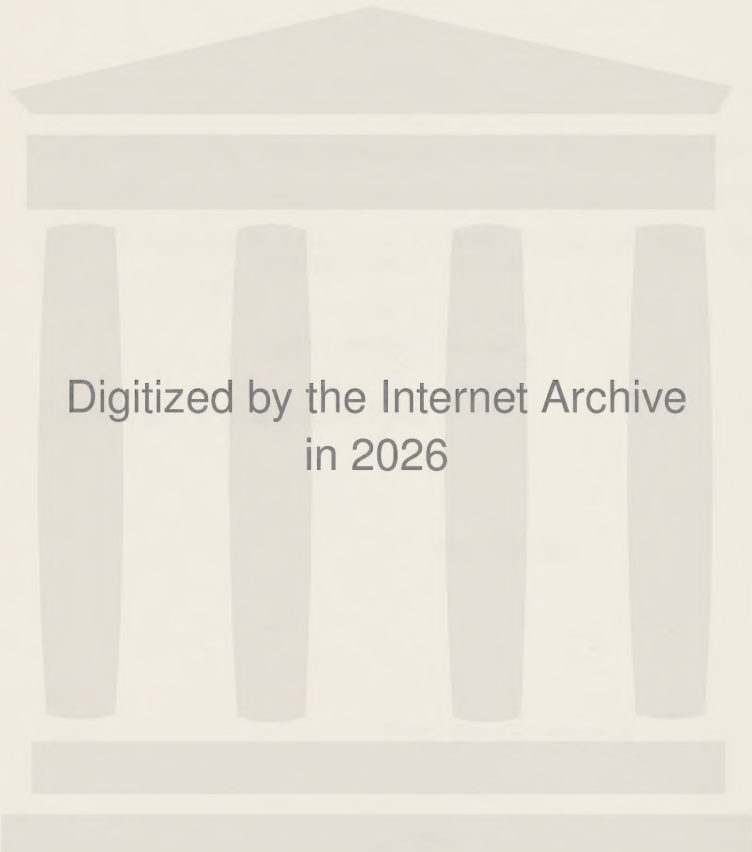
Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



ISBN 3 260 04918 5

Meinen lieben Eltern
und
meiner lieben Frau



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Literaturverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XV
Einleitung	1
 I. T E I L	 3
 RECHTSGLEICHHEIT	
 § 1 Rechtsgleichheit im allgemeinen	 5
I. Grundlagen	5
1. Rechtsgrundsatz in Art. 4 BV	5
a) Bedeutung	5
b) Begriff	6
aa) Begriff der Gleichheit	6
bb) Relativität der Gleichheit	7
cc) Begriff der Rechtsgleichheit	7
c) Inhalt	9
d) Funktion	10
e) Schranken	11
2. Rechtsgleichheit als Frage der Gerechtigkeit	12
3. Rechtsgleichheit und Gesetzmässigkeit	14
4. Rechtsgleichheit und Ermessen	16
5. Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit	17
II. Rechtsgleichheit bei der Rechtsetzung	18
1. Rechtsetzung	18
2. Pflicht für den Gesetzgeber	20
III. Bedeutung der Rechtsetzung für die Rechtsgleichheit	20
IV. Rechtsgleichheit bei der Rechtsanwendung	22
1. Rechtsanwendung	22
2. Pflicht für Verwaltung und Gerichte	23
3. Einfluss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf die Rechtsanwendung der Verwaltung	24

§ 2	Gleichbehandlungsgebot im besonderen	26
I.	Rechtsgleichheit und Gleichbehandlung	26
1.	Gleichbehandlung im Rahmen der Rechtsgleichheit	26
a)	Begriff der Gleichbehandlung	26
aa)	Allgemein	26
bb)	Als Grundlage der vorliegenden Arbeit	27
b)	Gleichbehandlungsgebot	29
2.	Gleichbehandlung und Willkür	30
a)	Parallelen und Unterschiede	30
b)	Willkürliche Behandlung	31
c)	Gleichbehandlung im engeren Sinne und Willkürverbot	32
d)	Gleichbehandlung und bundesgerichtliche Willkürbeschränkung	33
II.	Inhalt des Gleichbehandlungsgebots	33
1.	Gleichbehandlungsgebot oder Ungleichbehandlungsverbot	34
a)	Gleichbehandlung gleicher Sachverhalte	34
b)	Verbot der Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte	34
2.	Ungleichbehandlungsgebot oder Gleichbehandlungsverbot	34
a)	Ungleichbehandlung ungleicher Sachverhalte	34
b)	Verbot der Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte	35
III.	Kriterium der Gleichheit	36
1.	Gleichheit im allgemeinen	36
a)	Voraussetzungen der Gleichheit	36
b)	Gleichheit bei Gleichbehandlung	36
2.	Gleichheit und Analogieschluss	38
3.	Gleichheit im Gegensatz zur Identität	39
IV.	Gleichbehandlungsgebot als Pflicht zur gleichen, gleichmässigen Rechtsanwendung	41
1.	Im allgemeinen	41
2.	In zeitlicher Hinsicht	43

3. In räumlicher Hinsicht	43
4. In personeller Hinsicht	44

II. T E I L	47
-------------	----

BAUBEWILLIGUNG

§ 3	Die Baubewilligung im Rahmen des öffentlichen Baurechts	49
I.	Oeffentliches Baurecht	49
	1. Begriff	49
	2. Oeffentliches Baurecht und Raumplanung	50
II.	Baubewilligungsverfahren	53
III.	Baubewilligung	54
	1. Rechtsnatur	54
	2. Definition	55
§ 4	Bauentscheide	56
I.	Prüfungsakt	56
II.	Baubehördliche Entscheide	56
	1. Bauentscheide innerhalb des Baubewilligungsverfahrens	57
	a) Erteilung einer Bewilligung	57
	aa) Ordentliche Baubewilligung	57
	bb) Zusammengesetzte Baubewilligung	57
	cc) Vorläufige Bewilligung	57
	dd) Teilbewilligung	58
	ee) Bewilligung mit Vorbehalten	58
	ff) Ausnahmbewilligung	58
	b) Verweigerung einer Bewilligung	58
	2. Bauentscheide ausserhalb des Baubewilligungsverfahrens	59
	a) Vorentscheid	59
	b) Stillschweigender Entscheid	59
	c) Ergänzungsentscheid	59

d) Abänderungsentscheid	60
e) Widerruf	61
§ 5 Ausnahmegewilligung	62
I. Begriff und Rechtsnatur	62
1. Begriff	62
2. Rechtsnatur	63
a) Spezialermessen	63
b) Besondere Polizeierlaubnis	64
c) Rechtsanspruch	65
II. Abgrenzungen	67
1. Ausnahmegewilligung und besondere Bewilligung	67
2. Ausnahmegewilligung und Konzession	68
3. Ausnahmegewilligung und Sonderbauvorschriften	69
§ 6 Baugewilligung und baurechtliche Nebenbestimmungen	71
I. Bewilligung mit Vorbehalten	71
II. Nebenbestimmungen	72
1. Begriff	72
2. Arten	73
a) Unechte Nebenbestimmungen	73
b) Echte Nebenbestimmungen	73
aa) Bedingung	73
bb) Auflage	74
§ 7 Baugewilligungspraxis	75
I. Praxis	75
1. Begriff	75
2. Praxisbereiche	76
a) Ordentliche Praxis	76
b) Ausnahmepraxis	77
c) Gesetzswidrige Praxis	77
II. Praxisänderung	78

III. Präjudiz	79
1. Begriff	79
2. Bedeutung	80
3. Verbindlichkeit	81
 III. T E I L	 83
 GLEICHBEHANDLUNG BEI BAUENTSCHEIDEN	
 § 8 Gleichbehandlung im Baurecht	 85
I. Gleichbehandlung im Bau- und Planungsrecht	85
1. Auswirkungen der Planung	85
2. Abgeschwächte Wirkung des Gleichbehandlungsgebots bei Planungsmassnahmen	87
3. Gleichmässige Anwendung der Baunormen im allgemeinen	89
II. Gleichbehandlung im Baubewilligungsverfahren	91
1. Die formelle Funktion des Gleichbehandlungsgebots	91
2. Die materielle Funktion des Gleichbehandlungsgebots	91
3. Die öffentlichrechtliche Einsprache mit Gleichbehandlungsfunktion	92
III. Gleichbehandlung beim Bauentscheid	94
1. Gleichmässige Bauentscheide	94
2. Individualität der Baugesuche	95
3. Vergleichskriterien der einzelnen Phasen der rechtsanwendenden Tätigkeit der Baubehörde	96
a) Sachverhaltsermittlung	97
b) Subsumtion	97
c) Rechtsfolgeschluss	98
4. Gleiche Bauentscheide unter gleichen Voraussetzungen	100

§ 9	Behandlungsmöglichkeiten durch Bauentscheid	103
I.	Ungleichbehandlung	104
1.	Zulässige, gerechtfertigte Ungleichbehandlung	104
2.	Unzulässige, ungerechtfertigte Ungleichbehandlung	106
II.	Gleichbehandlung	106
§ 10	Anwendungsgebiet des Gleichbehandlungsgebots beim Bauentscheid (mögliche Fehlerquellen)	107
I.	Auslegung der Baunormen im allgemeinen	107
II.	Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe	111
III.	Rechtsfolgeermessen der Baubehörde	117
IV.	Ausnahmerecht	120
V.	Aenderung der Baubewilligungspraxis	123
§ 11	Erteilung einer ordentlichen Baubewilligung	127
I.	Vorbehaltlose Erteilung	127
II.	Erteilung mit Vorbehalten	128
III.	Erteilung verbunden mit vertraglicher Vereinbarung	130
§ 12	Erteilung einer Ausnahmbewilligung	132
§ 13	Verweigerung einer Bewilligung	135
§ 14	Präjudizielle Bedeutung eines Bauentscheides	138
§ 15	Der Anspruch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz auf Erteilung einer Bewilligung	141
I.	Der Anspruch auf gleiche gesetzmässige Behandlung	141

1. Voraussetzungen	141
a) Gleichheitsentscheid	141
b) Anzahl der Gleichbehandlungspräjudizien	142
c) Identität der entscheidenden Baubehörde	143
2. Einschränkung	145
II. Der Anspruch auf gleiche gesetzwidrige Behandlung	145
 § 16 Folgen eines unangemessenen Bauentscheides	148
I. Bauentscheid als fehlerhafter Verwaltungsakt	148
II. Mögliche Wirkungen	148
1. Nichtigkeit	149
2. Anfechtbarkeit	150
3. Widerrufbarkeit	151
 § 17 Anfechtung der unangemessenen oder willkürlichen Behandlung durch den betroffenen Bauwilligen	154
I. Beschwerdemittel	155
II. Beschwerdeinstanzen	156
1. Die einzelnen Instanzen	156
a) Kommunale Instanzen	156
b) Kantonale Instanzen	156
c) Eidgenössische Instanz	158
2. Kognitionsbefugnis	159
a) Verwaltungsinterne Kognitionsbefugnis	160
b) Verwaltungsgerichtliche Kognitionsbefugnis	161
III. Beschwerdeobjekt	163
IV. Beschwerdegründe	163
V. Beschwerdelegitimation und Beschwerdefrist	164
1. Beschwerdelegitimation	164
2. Beschwerdefrist	166

§ 18	Beschwerdelegitimierte ausser dem Baugesuchsteller	167
I.	Allgemein	167
II.	Nachbar	169
III.	Gemeinde	170
§ 19	Zusammenfassung	172

LITERATURVERZEICHNIS

- Ammann Werner Die Auslegung von Verwaltungsrecht durch das Bundesgericht, Diss. Zürich 1973
- Arioli Silvio Das Verbot der willkürlichen und der rechtsungleichen Rechtsanwendung im Sinne von Art. 4 der Bundesverfassung, Diss. Basel 1965
- Auer Andreas L'égalité dans l'illégalité, in ZBl 1978 S. 281 ff.
- Bänziger Otmar Bodenverbesserungen, rechtliche Probleme der landwirtschaftlichen Güterzusammenlegungen und der Gesamtumlegungen, Basel/Stuttgart 1978
- Bindschedler Ursula Die Dispensation unter besonderer Berücksichtigung der Dispensation von öffentlich-rechtlichen Pflichten im Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, Diss. Zürich, Winterthur 1958
- Birchler Maurus Theodor Baueinsprache und Baubewilligung nach schwyzerischem Recht, Diss. Zürich 1970
- Blumenstein Ernst Die Rechtsgleichheit in der Verwaltung, in MBVR 46 S. 369 ff.
- Briner Robert Zur Funktion der Gleichheit in der menschlichen Gerechtigkeit, Diss. Zürich, Wädenswil 1948
- Burckhardt Walther Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3. A. Bern 1931
- Curti Eugen Das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz, Diss. Bern 1888
- Eggenschwiler Ernst Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZBJV 1966 S. 180 ff.
- Egger Hans Einführung in das zürcherische Baurecht, 3. A. Wädenswil 1970
- Ehmke Horst "Ermessen" und "Unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, Tübingen 1960
- Fehrlin Wolfram Die Rechtsgleichheit der Ausländer in der Schweiz, Diss. Bern 1952

Fleiner Thomas	Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. A. Zürich 1980
Fleiner Fritz / Giacometti Zaccaria	Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, Nachdruck 1976
Frick Simon	Die Gleichheit aller Schweizer vor dem Gesetz, Ihre Bedeutung im freiheitlich-demokratischen Staatsrecht, Diss. Zürich, Aarau 1945
Germann Oskar Adolf	Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2.A. Bern 1967, Problematik der Ermessensentscheide, S. 348 ff.
Gisler Max	Baubewilligung und Baubewilligungsverfahren, Diss. Basel, Diessenhofen 1977
Gygi Fritz	Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, 2.A. Bern 1974
-	Aktuelle Probleme des Rechtsschutzes in Verwaltungssachen, ZBJV 1956 S. 425 ff. Zur Auslegung des Verwaltungsrechts, ZSR 75 I S. 129 ff.
Häberlin Urs Peter	Rechtliche Probleme des Hochhauses, Diss. Zürich 1973
Hamann Andreas	Willkür im objektiven Sinne, NJW 1956 S. 370 ff.
Hangartner Ivo	Widerruf und Aenderung von Verwaltungsakten aus nachträglich eingetretenen Gründen, Diss. St. Gallen, Zürich 1959
Hatz Hans	Der Rechtsschutz in Baurechtssachen im Kanton Graubünden, Diss. Zürich, Cazis 1972
Hausheer Heinz	Rechtsgleichheit, due process und equal protection, Diss. Bern 1966
Herter Othmar	Baubewilligung und Baueinsprache nach zürcherischem Recht, Diss. Zürich 1941
Hofstetter Max	Anforderungen an das öffentliche Baurecht, in ZBl 1964 S. 319 ff.
Hösli Erwin	Das öffentliche Baurecht nach der bundesgerichtlichen Rechtssprechung, Diss. Fribourg, Bern 1975

Hotz Werner Friedrich	Zur Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen, Diss. Zürich 1977
Huber Hans	Die Zuständigkeiten des Bundes, der Kantone und der Gemeinden auf dem Gebiet des Baurechts, in Rechtliche Probleme des Bauens BTJP, Bern 1969, S. 47 f.
Huber Hans Rudolf	Verwaltungsrechtliche Auflagen und Bedingungen und ihr Zusammenhang mit dem Hauptinhalt von günstigen Verwaltungsakten, Diss. Affoltern a/A 1955
Imboden Max	Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, in Basler Studien zur Rechtswissenschaft Heft 38, Basel 1954
-	Der Schutz vor staatlicher Willkür, Zürcher Antrittsvorlesung, Zürich 1945 (zit. Imboden, Willkür)
Imboden Max / Rhinow René A.	Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 2. Bde., 5.A. Basel/Stuttgart 1976
Jezler Christoph	Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, insbesondere im Bund, Diss. Zürich 1967
Jost Andreas	Die neuste Entwicklung des Polizeibegriffs im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1975
Keller Hermann	Die Willkürbeschwerde, Diss. Aarau 1944
Kölz Alfred	Kommentar zum zürcherischen Verwaltungsrechtspflegegesetz, Zürich 1978
Lang Herbert	Hochhaus und Baurecht, Diss. Zürich 1976
Lendi Martin	Legalität und Ermessensfreiheit, Diss. Zürich 1958
-	Planungsrecht und Eigentum, ZSR NF 95 II (1976) S. 1 f.
Leutenegger Paul B.	Das formelle Baurecht der Schweiz, Diss. Zürich 1972 (zit. Leutenegger I)
-	Das formelle Baurecht der Schweiz, 2.A., Bern 1978 (zit. Leutenegger II)

Liver Peter	Privates und öffentliches Baurecht, in Rechtliche Probleme des Bauens BTJP, Bern 1969
Marti Hans	Die staatsrechtliche Beschwerde, 4.A., Ba- sel/Stuttgart 1979
Meier-Hayoz Arthur	Die Bedeutung der Materialien für die Ge- setzesanwendung, in SJZ 1952 S. 213 und S. 229
Meyer Daniel	Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizeri- schen Arbeitsrecht, Diss. Bern 1976
Meyer Max	Die Rechtsetzung der bernischen Gemeinden im Baurecht, Diss. Bern 1975
-	Fragen zu Gewässerschutzbewilligung, in MBVR 1974, S. 433 ff.
Meyer Paul	Das Prinzip der Rechtsgleichheit in histo- rischer und dogmatischer Betrachtung, Diss. Zürich, Langensalza 1923
Meyer Pius	Rechtsbehelfe im luzernischen Bau- und Planungsrecht, in ZBl 1966 S. 321 - 333
Müller Georg	Interessenabwägung im Verwaltungsrecht, in ZBl 1972 S. 337 ff.
Nef Hans	Gleichheit und Gerechtigkeit, Habilitations- schrift, Zürich 1941
-	Rechtsgleichheit, in SJK Karte Nr. 546
Rhinow René A.	Rechtsetzung und Methodik, Rechtstheore- tische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsan- wendung, Basler Studien zur Rechtswissen- schaft, Basel/Stuttgart 1979
Saladin Peter	Der Widerruf von Verwaltungsakten, Diss. Basel 1960
-	Grundrechte im Wandel, 2.A., Bern 1970, (zit. Saladin, Grundrechte)
	Das Verfassungsprinzip der Fairness, in Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der Schweizeri- schen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, (zit. Sala- din, Verfassungsprinzip der Fairness)

- Scheibler Franz Die Erstellung von Garagen, Parkplätzen und Kinderspielplätzen als Baubedingung unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts, Diss. Zürich 1958
- Schindler Richard André Baubewilligungsverfahren und Ausnahmebewilligung, in Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz, Einsiedeln 1971 S. 151 - 183
- Schneider Egon Logik für Juristen, Die Grundlagen der Denklehre der Rechtsanwendung, 2.A. München 1972
- Schollenberger J. Kommentar zur Bundesverfassung der Schweiz. Eidgenossenschaft, Berlin 1905
- Schürmann Leo Bau- und Planungsrecht, Bern 1981
- Schwarzenbach Hans-Rudolf, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 8.A. Bern 1980
- Schwere Josef Das Baubewilligungsverfahren nach aargauischem Recht, Diss. 1971
- Scolari Adelio Commentario della legge edilizia del Cantone Ticino, Bellinzona 1976
- Stammler Rudolf Privilegien und Vorrechte, Widerstreit mit dem Grundgedanken der Gleichheit vor dem Gesetz, Antrittsrede, Halle 1903
- Straub Martin Das intertemporale Recht bei der Baubewilligung, Diss. Zürich 1976
- Vollenweider Walter Einige Fragen aus dem öffentlichen Baurecht, in ZBl 1968 S. 89 ff.
- Weber-Dürler Beatrice Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtsetzung, Diss. Zürich 1973
- Wolffers Artur Logische Grundformen der juristischen Interpretation, Bern 1971
- Wyss Daniel Die Handels- und Gewerbefreiheit und die Rechtsgleichheit, Diss. Zürich 1971
- Zaugg Aldo Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 7. Juni 1970, Bern 1971

- Zimmerli Christoph Das Verbot rückwirkender Verwaltungsakte,
in Basler Studien zur Rechtswissenschaft
Heft 80, Basel 1967
- Zimmerlin Erich Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aar-
gau vom 2. Februar 1971, Aarau 1977
- Zum Problem der zeitlichen Geltung im Bau-
polizei- und Bauplanungsrecht, in ZSR NF
88 I (1969) S. 429 ff.
- Zimmermann Ermo Der Baudispens in der Stadt Zürich, Diss.
Zürich 1958

Weitere Literatur im Text.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A.	Auflage
Abs.	Absatz
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide, Aarau, seit 1947
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BauG	Baugesetz (kantonal)
BG	Bundesgesetz
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Jahrgang/Teil/Seite), Lausanne, seit 1875
BJM	Basler Juristische Mitteilungen, Basel, seit 1954
BO	Bauordnung (kommunal)
BRKE	Entscheidung einer zürcherischen Baurekurskommission (röm. Ziffer bezeichnet Kreis)
BTJP	Berner Tage für die Juristische Praxis
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung, Bern, seit 1976
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
EBO	Ersatzbauordnung
EVo	Einführungsverordnung
f./ff.	und nächstfolgende Seite(n)
GKP	Generelles Kanalisationsprojekt

gl.M.	gleicher Meinung
GschG	Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigungen (Gewässerschutzgesetz), vom 8. Oktober 1971
GVP	Gerichts- und Verwaltungspraxis
i.d.R.	in der Regel
lit.	litera = Buchstabe
m.a.W.	mit anderen Worten
MBVR	Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen, Bern, seit 1903
m.E.	meines Erachtens
NF/n.F.	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München, seit 1947
Nr.	Nummer
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 in der Fassung vom 20. Dezember 1968
PBG	Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Planungs- und Baugesetz), vom 7. September 1975 (für den Kanton Zürich)
Plan	Schweizerische Zeitschrift für Landes-, Regional- und Ortsplanung, Solothurn, seit 1944
RB	Rechenschaftsbericht
RPG	Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979
RRB	Regierungsratsbeschluss
S.	Seite
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek, Genf, seit 1941
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich, seit 1904

SORB	Bericht der Solothurnischen kantonalen Rekurskommission in Steuersachen, seit 1926
u.a.	unter anderem
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
V/Vo	Verordnung
VB	Verwaltungsgerichtsbeschluss
VG	Verwaltungsgericht (kantonal)
Vgl.	vergleiche
VLP	Schweizerische Vereinigung für Landesplanung
VRG	Verwaltungsrechtspflegegesetz
VV/VVo	Vollziehungsverordnung
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, Wädenswil, seit 1920
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bern, seit 1865
ZBI/ZSGV	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Zürich, seit 1900
ZHVGr	Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Rechenschaftsbericht, seit 1960
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung, Zürich, seit 1902
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge, Basel, seit 1882

Für die Abkürzungen von Kantonen werden die offiziellen Bezeichnungen der Autonummernschilder verwendet.

EINLEITUNG

Der Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 4 BV spielt in unserer Rechtsordnung und im täglichen Leben eine wichtige Rolle, weil er als Ausdruck der Gerechtigkeit gilt. Im Gegensatz zum Privatrecht, wo sich die Rechtssubjekte (Parteien) rechtlich gleichwertig gegenüberstehen, wird im öffentlichen Recht die Verwaltungstätigkeit am Gleichbehandlungsgebot gemessen.

Die Baubehörde ist verpflichtet, alle Bauwilligen gleich zu behandeln. Das Problem der Gleichbehandlung ist bei Bauentscheiden besonders heikel, weil gewisse Unterschiede schon in der Natur des Bodens vorhanden sind und sich eine minimale Eigenart immer aus der verschiedenen Lage der Bauparzellen ergibt. Trotz der Komplexität suchen die Bauwilligen nach Vergleichsmöglichkeit, um eventuelle Gleichbehandlungsansprüche durchzusetzen. Sie stellen sich naturgemäss auf den Standpunkt, was einem anderen gestattet sei, solle auch ihnen erlaubt sein.

Die Baubehörde muss sich an einigen Grundsätzen orientieren können. Trotz der Vielfalt der kantonalen und kommunalen Bauvorschriften muss die verfassungskonforme Behandlung gewährleistet sein. Vor allem in der überblickbaren Gemeinde, einer Stärke unseres Bundesstaates, kann die personelle Verflechtung den Gleichbehandlungsgrundsatz gefährden. Die kommunale Baubehörde, welche mit den örtlichen Verhältnissen am besten vertraut ist, muss sich um eine widerspruchsfreie, sachgerechte Beurteilung der Bauprojekte bemühen.

Für den betroffenen Bauwilligen ist es oft schwierig, im zersplitterten Baurecht den Ueberblick zu gewinnen, um zu wissen, wann er welche Behandlung durch die Baubehörde erwarten oder fordern darf.

Die vorliegende Arbeit will die Gleichbehandlungsprobleme bei Bauentscheiden erläutern und die Funktion des Gleichbehandlungsgrundsatzes ermitteln. Nach den Paragraphen über die Rechtsgleichheit

und die Gleichbehandlung folgt im zweiten Teil eine kurze, rein baurechtliche Einführung. Im dritten Teil, dem Hauptteil, werden die materiellen Gleichbehandlungsprobleme bei Bauentscheiden besprochen. Dabei geht es um den verfükten Bauentscheid, welcher sich als unzulässige Gleich- oder Ungleichbehandlung erweisen kann. Verfahrensrechtliche Fragen wie beispielsweise das rechtliche Gehör, welche letztlich auch zu einem ungleichbehandelnden Bauentscheid führen können, werden nicht berücksichtigt, weil sich die Arbeit auf materiell rechtliche Gleichbehandlungsprobleme beschränkt.

Es kann nicht Ziel dieser Arbeit sein, Patentlösungen zu servieren. Dafür ist die Materie viel zu komplex, und die örtlichen Unterschiede sind zu vielfältig. Ziel der Arbeit ist es, anhand von Beispielen, soweit möglich, einige Grundsätze zu erarbeiten und auf mögliche Fehlerquellen hinzuweisen.

I. T E I L

RECHTSGLEICHHEIT

§ 1 RECHTSGLEICHHEIT IM ALLGEMEINEN

I. GRUNDLAGEN

1. Rechtsgrundsatz in Art. 4 BV

a) Bedeutung

Art. 4 BV legt im ersten Satz fest: "Alle Schweizer sind vor dem Gesetz gleich." Damit wurde in der Verfassung ein Gleichheitssatz statuiert (1), welcher in der ganzen Rechtsordnung eine grosse Bedeutung erlangte (2). Dass sich der Grundsatz nicht nur auf Schweizer beschränkt und mit dem Ausdruck "Gesetz" Rechtssatz gemeint ist, bleibt unbestritten. Der zweite Satz, welcher einerseits den Gleichheitssatz konkretisiert und andererseits ein Ausdruck der Entstehungszeit ist (3), enthält die Abschaffung der Herrschaftsrechte (4). Von praktischer Bedeutung ist nur der Gleichheitssatz (5). Der Rechtsgleichheitsgrundsatz richtet sich sowohl an den Gesetzgeber (6) als auch an die rechtsanwendenden Organe (7). Er gilt nicht nur als Richtlinie, sondern ist für alle staatlichen Funktionen verbindlich.

-
- 1) Ueber anfängliche Kritik am Prinzip und an der Aufnahme in die Verfassung vgl. Meyer Paul, S. 49 ff.
 - 2) BGE 6.172; Meyer Paul, S. 58
 - 3) Blumenstein, MBVR 1948 S. 369; Fleiner/Giacometti, S. 410. Zur ursprünglich politischen Ausrichtung des Gleichheitssatzes vgl. Fleiner/Giacometti, S. 404.
Zur Geschichte des Gleichheitsgedankens vgl. Curti, S. 7 ff.
 - 4) Vgl. Schollenberger, S. 108 f.
 - 5) Fleiner/Giacometti, S. 402
 - 6) Weber-Dürler, S. 17; vom Bundesgericht erstmals ausdrücklich betont in BGE 6.172 f.
 - 7) Blumenstein, MBVR 1948 S. 370; Imboden/Rhinow, S. 428 ff. Nr. 69

b) Begriff

aa) Begriff der Gleichheit

Um die Rechtsgleichheit erfassen zu können, muss zuerst der Begriff der Gleichheit geklärt sein.

Wenn wir zwei Dinge oder Sachverhalte vergleichen, dann untersuchen wir deren Gemeinsamkeiten und Unterschiede. Wir setzen also voraus, dass es sich um zwei verschiedenartige oder mindestens dem Orte nach verschiedene Dinge oder Sachverhalte handelt. Damit ist bereits angetönt, dass nur Verschiedenes miteinander verglichen werden und gleich sein kann (1). Noch deutlicher wird die Feststellung, wenn wir der Gleichheit die Identität entgegensetzen. Obwohl dieser Gegensatz weiter hinten noch behandelt wird, soll die Unterscheidung mit einem Beispiel klargestellt werden. Die Polizei stellt aufgrund eines Ausweises, z.B. einer Identitätskarte, die Identität einer Person fest. Sie will wissen, ob die Angaben auf dem Ausweis ihren Feststellungen entspricht. Besteht Uebereinstimmung in allen Belangen, liegt Identität vor. Vergleichen wir dagegen zwei Photographien von verschiedenen Personen, fällt uns vielleicht auf, dass sie einander gleichen. Wir meinen damit ihre äusseren Erscheinungen, welche wir visuell erfassen können und die uns gleich erscheinen.

Damit gelangen wir zum Schluss, dass nur zwei verschiedene Objekte gleich sein können und die so verstandene Gleichheit immer eine teilweise Uebereinstimmung bedeutet (2).

Diese Ueberlegungen werden bei der Untersuchung der Gleichbehandlung von Bedeutung sein. Dort wird es nämlich entscheidend sein, ob bei zwei Objekten, welche teilweise übereinstimmen, an die Gleichheiten oder Ungleichheiten angeknüpft wird.

1) Arioli, S. 3; Nef, S. 4; Weber-Dürler, S. 24

2) Weber-Dürler, S. 24

bb) Relativität der Gleichheit

Wie wir feststellen konnten, setzt die Gleichheit immer eine Verschiedenartigkeit voraus. Die Verschiedenartigkeit verhindert eine Identität, welche eine Uebereinstimmung in allen Belangen voraussetzt.

Die Gleichheit besteht immer nur in gewisser Beziehung (1), und das besagt schon, dass es nur relative Gleichheit geben kann (2). Eine absolute Gleichheit ist nach unserer Definition nicht möglich (3). "Alle Dinge, die in einer oder mehreren Beziehungen gleich sind, sind notwendigerweise in einer oder mehreren anderen Beziehungen gleichzeitig ungleich" (4).

cc) Begriff der Rechtsgleichheit

Die Rechtsgleichheit wird in Art. 4 BV als verfassungsmässiges Recht garantiert. Begrifflich muss dieser Grundsatz auch im Rahmen unserer Rechtsordnung betrachtet werden (5). Es soll m.a.W. die normative Bedeutung des Gleichheitssatzes ermittelt werden. Dabei sind verschiedene Deutungen möglich, und der Begriff der Gleichheit steht wiederum im Vordergrund.

Das Bundesgericht hat in seiner reichhaltigen Rechtsprechung zu Art. 4 BV oft zur Auslegung Stellung genommen und dabei den Gleichheitssatz konkretisiert und zu dessen Entwicklung durch extensive Interpretation (6) beigetragen (7).

Der Gleichheitssatz weist die Organe, durch die sich die staatliche Hoheit äussert, zu einer Gleichstellung bzw. Gleichbehandlung der

1) Nef, S. 10

2) Arioli, S. 3 ff.

3) Von absoluter Gleichheit ist die Rede, wenn die Vertauschbarkeit der Rechtsfolgen gemeint ist (z.B. gleiche Busse). Vgl. Weber-Dürler, S. 29 ff.

4) Nef, S. 25

5) Weber-Dürler, S. 31

6) Gisler, S. 13

7) Vgl. auch Saladin, Verfassungsprinzip der Fairness, S. 41 ff.

Rechtssubjekte an. Gemäss der Aufgabe der Rechtsordnung geht es um die Gleichheit der Rechte und der Pflichten und nicht um die Gleichheit im tatsächlichen Bereich. Diese Gleichheit könnte absolut oder relativ sein.

Zunächst wenden wir uns der unbeschränkten absoluten Gleichheit zu. Dabei ist vom täglichen Sprachgebrauch auszugehen, welcher dazu verleitet, ohne weiteres eine unbeschränkte absolute Gleichheit anzunehmen. Damit würde das Gebot absoluter Gleichbehandlung aufgestellt. Dieser Begriff entspricht nicht jener allgemeinen absoluten Gleichheit, bei welcher wir zum Schluss kamen, dass sie nicht möglich sei. Während es bei jener um die Gleichheit der vorhandenen Eigenschaften ging, spielt hier die Gleichheit im Ergebnis die entscheidende Rolle. Die Forderung absoluter Gleichbehandlung wäre nur dann erfüllbar, wenn der Staat alle Rechtsfolgen nur an die Voraussetzung des Menschseins knüpfen würde (1).

Die Auffassung, Art. 4 BV verlange unbeschränkte absolute Gleichheit, wird in der Literatur und Rechtsprechung (2) allgemein verworfen. Einerseits wäre dies praktisch unmöglich, und andererseits würde gerade eine solche absolute Gleichbehandlung in vielen Fällen zu einer materiellen Ungleichbehandlung führen (3).

Auch eine beschränkte absolute Gleichheit wie beispielsweise eine Beschränkung auf die Rechtsanwendung (4) wird in der Schweiz sowohl in der Literatur (5) als auch vom Bundesgericht richtigerweise abgelehnt (6). Eine solche Beschränkung würde erstens den zu lösenden Problemen ausweichen, zweitens müsste sie trotz sachlicher Gründe auf gewillkürte Art und Weise vorgenommen werden, und drittens würde eine wünschenswerte, flexible Differenzierung in Einzelfällen verunmöglicht. Nachdem der Rechtsgleichheitssatz we-

1) Weber-Dürler, S. 32

2) Vgl. BGE 102 Ia 45, 100 Ia 322 ff.

3) BGE 6.173

4) Arioli, S. 7 f.

5) Weber-Dürler, S. 34 mit Verweisungen

6) Aus der Bundesgerichtspraxis grundlegend BGE 6.173

der eine unbeschränkte noch eine beschränkte absolute Gleichheit garantiert, ist zu vermuten, dass damit eine relative Gleichheit gemeint ist.

Da eine auf Gleichheit basierende Gleichbehandlung immer auch Ungleichheiten schafft, kann eine Ungleichheit der Behandlung grundsätzlich nicht vermieden werden.

In jedem Fall muss unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit geprüft werden, welche Kriterien ausschlaggebend sind und ob Gleichbehandlung oder Ungleichbehandlung verlangt wird. Innerhalb der relativierenden Gleichheit kann insofern absolute Gleichheit bestehen, als die Behandlungen ein Vertauschen der Rechtsfolgen zulassen (1).

c) Inhalt

Der Rechtsgleichheitssatz enthält eine Reihe von Geboten und Verboten, welche sich an Gesetzgeber, Gerichte und Verwaltung richten (2). Diese wurden aus dem Grundsatz in Art. 4 BV abgeleitet und vor allem durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung konkretisiert (3). Der Inhalt von Art. 4 BV kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung in die folgenden drei Hauptgruppen eingeteilt werden (4):

1. Gleichbehandlungsgebot im Sinne allgemeiner Rechtsgleichheit
2. Willkürverbot als materielle Rechtsverweigerung (BGE 57.193)
3. Formelle Rechtsverweigerung (BGE 3.429)

Zur Illustration des Inhalts dienen einige Beispiele aus der bundes-

1) Weber-Dürler, S. 39

2) Vgl. BGE 103 Ia 84. Zum Inhalt von Art. 4 BV vgl. auch Meyer Daniel, S. 24 f.

3) Zur Praxis der Bundesbehörden zwischen 1848 und 1874 vgl. Curti, S. 50 ff. Zum Inhalt der Rechtsgleichheit nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zwischen 1874 und 1950 vgl. Fehrlin, S. 12 ff.

4) Keller, S. 3 ff., unterteilt gemäss früherer Bundesgerichtspraxis in formelle Rechtsgleichheit als Widerspruchslosigkeit der Entscheidungen und materielle Rechtsgleichheit als "Postulat staatlicher Gerechtigkeit".

gerichtlichen Rechtsprechung, aufgeteilt nach Rechtsetzung (1) und Rechtsanwendung (2).

Den Grundsatz der Rechtsgleichheit verletzt ein gesetzgeberischer Erlass, der sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen lässt, sinn- und zwecklos ist oder rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden tatsächlichen Verhältnissen nicht ersichtlich ist (BGE 102 Ia 44; 101 Ib 151; 100 Ia 328; 96 I 567).

Eine rechtsanwendende Behörde handelt willkürlich und verstösst gegen die Rechtsgleichheit, wenn sie zwei tatsächlich gleichliegende Fälle ungleich behandelt (BGE 71 I 230); dagegen liegt keine Verletzung vor bei rechtlich verschiedener Behandlung von Fällen, in denen die tatsächlichen Verhältnisse in den wesentlichen Punkten verschieden sind (BGE 96 I 16; 91 I 172).

Eine Praxisänderung darf nur aufgrund ernsthafter sachlicher Gründe erfolgen; sprechen keine entscheidenden Gründe zu Gunsten einer Praxisänderung, ist die bisherige Praxis beizubehalten (BGE 100 Ib 70 f.).

d) Funktion

Die Rechtsgleichheit verlangt eine relative Gleichbehandlung und umfasst die gesamte Rechtsordnung. Die Verfassungsnorm bleibt aber Grundsatz und gibt keinen aufschlussreichen Hinweis, welche Tatbestände gleich und welche ungleich zu behandeln sind. Damit erhalten Gesetzgeber und Rechtsanwender (3) lediglich eine verbindliche Richtlinie, müssen aber im Einzelfall die Vergleichskriterien selber ermitteln.

Das Bundesgericht, welches letztinstanzlich für die Anwendung und

1) Vgl. auch Weber-Dürler, S. 137 ff.

2) Vgl. auch Arioli, S. 27 ff. und S. 102 ff.

3) Gisler, S. 15 ff.: Zur materiellen und formellen Funktion von BV 4 im Verwaltungsverfahren

somit für die Auslegung von Art. 4 BV zuständig ist, hilft den Organen, indem es die sich daraus ergebenden Regeln konkretisiert. Dabei kann sich das Bundesgericht der Entwicklung der Zeit nicht verschliessen (1). Die Auffassungen bezüglich Gleichheit ändern sich laufend. Die Rechtsgleichheit erhält damit eine reformatorische und normberichtigende (2) Funktion. Zudem verhilft die Rechtsgleichheit dadurch zu einer Entwicklung, welche verbürgt, dass Gesetzgebung und Gesetzesanwendung auf dem aktuellen Stand der Erkenntnisse aufbauen.

e) Schranken

In der Praxis sind dem Gleichheitssatz gewisse Schranken gesetzt. Diese Schranken ergeben sich einerseits aus der Rechtsetzungsbefugnis und andererseits aus dem Rechtsanwendungsspielraum, welche ihrerseits auf dem Gedanken der Gewaltenteilung basieren.

Die föderalistische Staatsstruktur (3) ermöglicht eine Verteilung der Rechtsetzungsbefugnis auf Bund, Kantone und Gemeinden (4). Daraus können sich beispielsweise zwischen den Kantonen Ungleichheiten ergeben, welche rechtspolitisch bedingt sind und nicht automatisch gegen die Rechtsgleichheit verstossen.

Bei der Rechtsanwendung wird den Behörden ein gewisser Spielraum überlassen, und bei der Rechtsgleichheit handelt es sich seinerseits um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der in seiner Anwendung nicht allgemein ausgelegt werden kann. Die Forderung nach Gleichheit ist im Rahmen unserer Rechtsordnung zu betrachten, und die abstrakte Normierung kann bei der Rechtsanwendung mehrere "gleiche" Lösungen zulassen. Eine weitere Schranke innerhalb der Rechtsan-

1) Vgl. z.B. BGE 49 I 16 bezüglich Zulassung der Frauen zum Anwaltsberuf. Ablehnung in BGE 13.1 ff.

2) Rhinow, S. 117

3) Vgl. auch Wyss, S. 83 und BGE 99 Ia 244, 381, 546

4) Vgl. z.B. Hatz, S. 25 ff.: Die Kompetenzverteilung im öffentlichen Baurecht

wendung bildet die Möglichkeit einer Praxisänderung. Durch den Wandel der Rechtsauffassung kann sich eine Praxisänderung aufdrängen, ohne dadurch gegen die Rechtsgleichheit zu verstossen (1).

Schliesslich kann sich eine weitere Schranke aus dem Gesetzmässigkeitsprinzip ergeben. Nach feststehender Auffassung gibt die Rechtsgleichheit kein Recht auf Gleichbehandlung im Unrecht (2). Die Schranke wird aufgehoben, wenn die Behörde nicht gewillt ist, die gesetzwidrige Praxis aufzugeben (3).

2. Rechtsgleichheit als Frage der Gerechtigkeit

Die Gerechtigkeit ist ein gesellschaftliches Phänomen, welches auch im Recht eine wichtige Rolle spielt. Es geht hier nicht um eine philosophische Untersuchung (4). Jedoch soll das entscheidende Verhältnis zwischen Rechtsgleichheit und Gerechtigkeit angedeutet werden. Die Gerechtigkeit hat im Recht einen grossen Einfluss; jedoch "von einem notwendigen Bezogensein der Gerechtigkeit auf das Recht" kann keine Rede sein (5). Die Gerechtigkeit im Recht ist ein Postulat, welches für die Machtausübung des Staates wegweisend sein soll. Der Rechtsstaat entwickelt seine Tätigkeit aufgrund einer Rechtsordnung, und diese soll gerecht sein. Das positive Recht soll sich als gerechtes Recht erweisen und damit der Anforderung der Gerechtigkeit genügen. Diese Forderung richtet sich an den Gesetzgeber. Die generell abstrakten Normen zielen in dieser Richtung. Die Gesetze unterer Stufe haben sich an der Verfassung zu orientieren. Der Verfassungsgeber seinerseits wertet aufgrund seiner Rechts-

1) Imboden/Rhinow, S. 443 Nr. 72

2) Vgl. Auer Andreas, in ZBl 1978 S. 281 ff.: L'égalité dans l'illégalité; Gygi ZBJV 102 S. 141; BGE 104 Ib 372; 102 Ib 364; 103 Ia 244

3) BGE 104 Ib 373

4) Vgl. dazu die Habilitationsschrift von Nef Hans: Gleichheit und Gerechtigkeit

5) Nef, S. 56

anschauung und lässt sich dabei auch vom Gerechtigkeitsgefühl leiten. Dieses Gefühl setzt natürlich bereits einen Begriff der Gerechtigkeit voraus. Auf diese Begriffsbestimmung wollen wir aber nicht näher eintreten (1).

Bei der Rechtsanwendung bedeutet Gerechtigkeit primär einmal Rechtmässigkeit im Sinne der Uebereinstimmung mit der positiven Rechtsordnung, welche auf dem Gerechtigkeitsprinzip basiert. Die Gerechtigkeit fordert regelmässig eine bestimmte Gleichmässigkeit (2). Die Gleichmässigkeit verlangt nach einem Mass, welchem die Gleichbehandlung entspricht.

Diese kurzen Ausführungen zeigen, dass Gerechtigkeit und Rechtsgleichheit eng miteinander verknüpft sind (3).

Die Rechtsgleichheit ist ein Ausdruck der Gerechtigkeit (4), und die gerechte Behandlung liegt in der gleichmässigen Behandlung, in der Gleichbehandlung, welche aus der Rechtsgleichheit hervorgeht. Die Gerechtigkeit erweist sich als Wertordnung, auf welche Art. 4 BV die rechtsetzenden und die rechtsanwendenden Organe verweist.

Gemäss Bundesgericht lässt sich die Gerechtigkeit nicht näher umschreiben; es handelt sich jedenfalls um einen relativen Begriff, "der sich mit den politischen, sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen wandelt" (5). Die Relativität ist demnach sowohl der Rechtsgleichheit als auch der Gerechtigkeit immanent.

Mit der Rechtsgleichheit wird der Gerechtigkeitsgedanke in die positive Rechtsordnung hineingetragen und das allgemeine Gebot gerechter Rechtsverwirklichung aufgestellt.

1) Zum Begriff der Gerechtigkeit vgl. Nef, S. 51 ff. und Weber-Dürler, S. 103 mit Verweisungen.

2) Nef, S. 70

3) Zur Gleichbehandlung als Kern der Gerechtigkeit vgl. Meyer Daniel, S. 30 ff.

4) Zur Gerechtigkeit als Massstab der verhältnismässigen Gleichheit vgl. Arioli, S. 14 ff.; ferner Saladin, Verfassungsprinzip der Fairness, S. 84

5) BGE 96 I 567

3. Rechtsgleichheit und Gesetzmässigkeit

Das Gesetzmässigkeitsprinzip ist ein ungeschriebener Verfassungsgrundsatz, welcher sich ableiten lässt aus dem Gewaltenteilungsprinzip und aus Art. 4 BV (1). Damit ist bereits ersichtlich, dass ein Zusammenhang zwischen den beiden Begriffen besteht.

Gesetzmässigkeit (2) und Rechtmässigkeit, welche weiter vorne im Zusammenhang mit der Gerechtigkeit erwähnt wurde, sind letztlich synonym. Die Gesetzmässigkeit gilt vor allem für die Rechtsanwendung (3) und stellt das Erfordernis des Rechtssatzes auf. Dies bedeutet, dass die Verwaltungstätigkeit nur aufgrund und nach Massgabe von Rechtssätzen ausgeübt werden darf (4). So bildet beispielsweise das Baurecht die Grundlage für die Erteilung oder Verweigerung einer Baubewilligung.

Der verfassungsmässige Grundsatz rechtssatzmässiger Verwaltung (5) und das Prinzip der Rechtsgleichheit sind beides rechtsstaatliche Forderungen. Jener ist es im formellen Sinne, dieses im materiellen Sinne. Die Frage kann sich stellen, welches der beiden Prinzipien bei einer möglichen Kollision den Vorrang erhalte. Die Gesetzmässigkeit verfolgt eine rechtssatzmässige, gleichmässige Behandlung. Spannungen können jedoch mit dem Phänomen Gerechtigkeit auftreten. Dieses verlangt eine Gleichbehandlung. Im Extremfall können die beiden eng verknüpften Prinzipien in einen Gegensatz treten, und die Rechtsgleichheit kann bewirken, dass - wenn freilich auch nur

-
- 1) Gisler, S. 35: "Das Gebot der Legalität steht dem Willkürverbot von BV 4 nahe, ist aber nicht mit ihm identisch, sondern geht ihm, auch mit seiner Komponente der Rechtssicherheit, logisch voraus."
 - 2) Gesetzmässigkeit beschränkt sich nicht auf Gesetze im formellen Sinne, sondern ist als Rechtssatzmässigkeit zu verstehen. Vgl. auch Imboden/Rhinow, S. 354 Nr. 59
 - 3) Durch das Prinzip des Vorranges des Gesetzes besteht eine Wirkung für die Rechtsetzung. Kein Rechtssatz darf einem höherrangigen Rechtssatz widersprechen.
 - 4) Vgl. auch Zimmerlin, S. 9
 - 5) Das Gesetzmässigkeitsprinzip verliert dort an Wirkung, wo das materielle Verwaltungsrecht Ermessensspielraum einräumt.

in Ausnahmefällen - vom positiven Gesetz abgewichen werden muss (1).

Die Gesetzmässigkeit erhält ihrerseits den Vorrang, wenn in einem konkreten Fall unrechtmässig von der gesetzmässigen Behandlung abgewichen wurde (2).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes geht der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung in der Regel der Rücksicht auf die gleichmässige Rechtsanwendung vor (3).

Im Anwendungsbereich unterscheiden sich die beiden Prinzipien. Während der Grundsatz der Gesetzmässigkeit logischerweise durch die Zielsetzung und den Zweck auf den Rechtssatz beschränkt ist, gilt die Rechtsgleichheit auch dort, wo beispielsweise die rechtsanwendende Verwaltung in einem rechtssatzfreien Raum handelt (4).

Das "freie" Ermessen bei der Rechtsanwendung bildet ein besonderes Gleichbehandlungsproblem (5). Die Ermessensbetätigung entspricht der Gesetzmässigkeit, solange sie weder Ermessensmissbrauch noch Ermessensüberschreitung darstellt oder m.a.W. nicht willkürlich erfolgt. Das Gesetzmässigkeitsprinzip erweist sich als Schranke der Ermessensbetätigung im Sinne der Rechtsgleichheit, ohne damit auch innerhalb der Gesetzmässigkeit eine gleichmässige, angemessene Ermessensbetätigung zu gewährleisten.

1) Imboden/Rhinow, S. 357 Nr. 59; Gisler, S. 35; Huber H., Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, ZSR n.F. 1936, S. 169a: "Der Art. 4 BV ist das Einfallstor, durch das die Idee der Gerechtigkeit täglich auch dem positiven Recht gegenüber siegen kann."

2) BGE 98 Ia 161, BGE I 167; Ausnahme bei gesetzwidriger Praxis (BGE 99 Ib 291, 383)

3) BGE 104 Ib 372

4) Im Baupolizeirecht beispielsweise bestehe praktisch kein rechtsfreier Raum (echte Gesetzeslücken), weil die Bindung an das Gesetz streng sei und schwererwiegende Einschränkungen einer gesetzlichen Grundlage bedürfen. Vgl. Gisler, S. 40 f.; BGE 97 I 355; a.M. Zimmerlin, S. 23

5) Vgl. auch Imboden/Rhinow, S. 430 Nr. 69

4. Rechtsgleichheit und Ermessen

Die Rechtsgleichheit und das Ermessen stehen zueinander in einem ganz speziellen Verhältnis (1). Ohne den Ermessenbegriff umfassend klären zu wollen, soll der oft weitgespannte und vielfach verwirrende Begriff (2) in unserem Zusammenhang eingeschränkt werden. Wir begrenzen uns auf das Ermessen der Verwaltung als rechtsanwendendes Organ (3). Beim eigentlichen Ermessen (4) handelt es sich um einen mehr oder weniger begrenzten Zumessungsspielraum (5) innerhalb der gesetzmässigen Verwaltung. Das freie Ermessen ist nicht zu verwechseln mit dem möglichen, aber eher seltenen Handeln der Verwaltung im rechtfreien Raum.

Das Ermessen kann als zweckbestimmter, gesetzlicher Freiraum betrachtet werden (6). Dieser wird der Verwaltung vom Gesetzgeber ausdrücklich oder indirekt zugestanden. Darin besteht ein Unterschied zu den Gesetzeslücken, wobei eine klare Abgrenzung nicht möglich ist.

Die Ermessensbetätigung der Verwaltung hat sich an den Verfassungsgrundsätzen auszurichten. Dabei spielt die Rechtsgleichheit eine sehr wichtige Rolle (7). Innerhalb der sich ergebenden Ermessenssituationen (8) hat die Verwaltungsbehörde ein gleichmässiges,

-
- 1) Imboden/Rhinow, S. 430 Nr. 69: "Das Gleichbehandlungsgebot hat selbständige Bedeutung überall dort, wo die rechtsanwendenden Behörden auf ihr Ermessen verwiesen sind."
 - 2) Vgl. Lendi, S. 20 ff.: "Die Vielzahl der Ermessensbegriffe"
 - 3) Als hilfreiche Abgrenzung zum bereits genügend strapazierten Ermessensbegriff sollte im Rechtssetzungsbereich von "Gestaltungsfreiheit" gesprochen werden. Vgl. auch Imboden/Rhinow, S. 414 Nr. 66; BGE 96 I 567. Zum Ermessen als Wesensmerkmal der Verwaltung vgl. Lendi, S. 26 ff.
 - 4) Vor allem abzugrenzen vom sogenannten Auslegungsermessen.
 - 5) Zum Verhältnis gegenüber dem Beurteilungsspielraum aufgrund unbestimmter Gesetzesbegriffe vgl. weiter hinten S. 111 f.
 - 6) Die Verwaltungsbehörde darf ihrem Handlungsspielraum keine legislatorische Funktion zumessen. Diese Ermessensbetätigung muss als relativ freie Rechtskonkretisierung betrachtet werden.
 - 7) Vgl. auch Fleiner, S. 131
 - 8) Für die typischen Ermessenssituationen vgl. Imboden/Rhinow, S. 408 Nr. 66

gerechtes Zumessen zu gewährleisten (1). Dass hier speziell eine Gefährdung der Rechtsgleichheit besteht, ergibt sich zunächst aus dem Fehlen einer generellen gesetzlichen Vorausbestimmung. Die Rechtsgleichheit erweist sich als Schranke des Ermessens.

Vor allem bei Ermessenbetätigung muss sich die Verwaltungsbehörde, auch mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit, um eine widerspruchsfreie, gleichmässige Praxis bemühen, ohne sich damit fundierten Entwicklungen und neuen Erkenntnissen zu verschliessen.

5. Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit

Mit dem Erlass generell abstrakter Normen wird der immer wieder geforderten Voraussehbarkeit Rechnung getragen. Die Rechtssicherheit bildet einen wichtigen Grundsatz unseres Rechtsstaates, obwohl ihr noch keine ausdrückliche Anerkennung als Verfassungsprinzip zuteil geworden ist (2).

Da durch Erlass generell abstrakter Normen, welche auf dem Gerechtigkeitsprinzip aufbauen, keine materielle Gleichbehandlung garantiert werden kann, kommt der Rechtsgleichheit eine normergänzende und normberichtigende Funktion zu.

Diese beiden Zielsetzungen können aber zu Konflikten führen. Denn die Rechtsgleichheit verlangt nebst formeller Gesetzlichkeit und ausnahmsweiser Gleichbehandlung bei gesetzwidriger Praxis auch eine Fallgerechtigkeit. Dies kann natürlich zu Unregelmässigkeiten und damit zu Unsicherheiten führen.

Versuchen die rechtsanwendenden Organe, Mehrspurigkeiten (3) und Widersprüche zu vermeiden, so leisten sie gleichzeitig einen Beitrag

1) Das Ermessen soll konkrete Fall-Gerechtigkeit sein. Vgl. Hatz, S. 170 f. und dortige Verweisungen.

2) Vgl. Saladin, Verfassungsprinzip der Fairness, S. 58 ff.

3) Darunter sind beispielsweise Bauentscheide zu verstehen, welche nach unterschiedlichen Gesichtspunkten gefällt werden, ohne dadurch widersprüchlich zu sein.

zur Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit. Der Gegensatz zwischen Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit zeigt sich speziell bei Praxisänderungen. Will eine Behörde die Praxis ändern, so stehen sich die Maxime der Rechtssicherheit, die stets für Beibehaltung der bisherigen Praxis spricht, und die Maxime der richtigen und gleichmässigen Anwendung des Rechts gegenüber.

II. RECHTSGLEICHHEIT BEI DER RECHTSETZUNG (1)

1. Rechtsetzung

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung unterscheidet zwischen Rechtsgleichheit bei der Rechtsetzung und Rechtsgleichheit bei der Rechtsanwendung (2). Beiläufig enthalten die Entscheidungen zu Art. 4 BV auch begriffliche Hinweise. Die Rechtsetzung wird beispielsweise mit allgemeinverbindlichen (3) oder generell abstrakten Erlassen (4) gleichgesetzt. Der Begriff der Allgemeinheit dient dabei als wichtiger Hinweis und kann sowohl Essentiale als auch Naturale des Gesetzesbegriffs bedeuten (5). Zählt man schliesslich das Individualgesetz auch zur Rechtsetzung (6), vermag das Kriterium der Allgemeinheit nicht mehr als Unterscheidungshilfe zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung zu überzeugen.

Die "Schaffung neuen Rechts" wurde als mögliches Kriterium der Rechtsetzung untersucht (8). Dabei wird nicht mehr auf die vorhan-

1) Ausführlich befasst sich damit die Dissertation von Beatrice Weber-Dürler: Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtsetzung

2) Vgl. Sachregister der amtlichen Sammlung

3) BGE 96 I 456; 95 I 134 und 550; 92 I 442

4) BGE 96 I 142 und 237

5) Weber-Dürler, S. 18 ff.

6) BGE 37 I 532 f.

7) Weber-Dürler, S. 21

8) Weber-Dürler, S. 21 Anmerkung 37 mit Verweisungen

dene oder fehlende Allgemeinheit der Norm abgestellt, sondern auf die Bindung des normsetzenden Organs durch höhere Normen. Für die Rechtsetzung sei das selbständige Werturteil, die Schaffung neuen Rechts charakteristisch; die Rechtsanwendung zeichne sich durch ihr unselbständiges Wesen aus, indem sie Wertungen nachvollziehe, die in den übergeordneten Normen vorgeschrieben seien (1). Hinzuzufügen ist jedoch, dass auch die so verstandene Rechtsetzung, vor allem unterhalb der Verfassung, nicht absolut selbständig ist (2). Sie hat sich ebenfalls nach den übergeordneten Normen zu richten und schafft in diesem Sinne kein neues Recht.

Umgekehrt gelten bei der Rechtsanwendung die für die Rechtsetzung entwickelten Grundsätze (3). Das Auslegungsergebnis muss als gerechtfertigte Konkretisierung der abstrakten Norm erscheinen. Die Differenzierung muss sachgerecht sein.

Eine allgemeingültige, eindeutige Lösung bzw. Abgrenzung liefert weder die Theorie von Kelsen, welche letztlich jede Norm vom Gesetz im formellen Sinne bis zum richterlichen Urteil sowohl zur Rechtsetzung als auch zur Rechtsanwendung zählt, noch das Kriterium des Bundesgerichtes vom materiellen Gesetz (4). Der Uebergang zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung ist vielmehr fließend. Eine generelle klare Abgrenzung besteht nicht. Im konkreten Einzelfall ist eine quantitative Bestimmung möglich, denn in den meisten Grenzfällen überwiegt entweder der rechtsetzende oder der rechtsanwendende Charakter eines Aktes. Ist eine eindeutige Entscheidung nicht möglich, dann unterscheidet man zwischen "primär Rechtsetzung" und "primär Rechtsanwendung".

1) Burckhardt Walther, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Zürich 1944, S. 255

2) Vgl. auch Rhinow, S. 242

3) Weber-Dürler, S. 22/23

4) Weber-Dürler, S. 22 mit Verweisungen

2. Pflicht für den Gesetzgeber

Der verfassungsmässige Gleichheitssatz verpflichtet den Gesetzgeber (1), die Rechtssubjekte rechtsgleich zu behandeln. Diese Pflicht richtet sich an alle Gesetzgeber jeder Stufe. Wie diese Aufgabe zu erfüllen ist, wird in keinem Gesetzestext erläutert (2). Heute kann sich der Gesetzgeber an einer umfangreichen Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche einige Formeln (3) entwickelt hat, orientieren (4).

Der Gesetzgeber erfüllt diese Pflicht nicht schon durch den Erlass genereller Normen, sondern durch eine darin enthaltene gerechte Differenzierung. Die Differenzierung muss sich auf sachlich gerechtfertigte, wesentliche Kriterien beziehen.

III. BEDEUTUNG DER RECHTSETZUNG FÜR DIE RECHTSGLEICHHEIT

Bis jetzt stand die Rechtsgleichheit und deren Auswirkungen auf Rechtsetzung und Rechtsanwendung im Vordergrund. Das Thema der vorliegenden Arbeit liegt im Bereich der Rechtsanwendung, genauer der rechtsanwendenden Verwaltung. Da die Rechtsetzung als Erlass von Gesetzen im materiellen Sinne der Rechtsanwendung als Anwen-

-
- 1) Imboden/Rhinow, S. 428 Nr. 69; BGE 100 Ia 43; Fleiner/Giacometti, S. 403. Wenn geschrieben wird, das Gebot rechtsgleicher Behandlung richte sich "vor allem" (Imboden/Rhinow, S. 428) oder "zunächst" (Bänziger, S. 23) an den Gesetzgeber, so bezieht sich dies speziell auf die Tatsache, dass die Rechtsetzung der Rechtsanwendung logischerweise vorangeht.
 - 2) Vgl. auch Wyss, S. 82
 - 3) Weber-Dürler, S. 137 f. 3. Kapitel: Die einzelnen Formeln des Bundesgerichts
 - 4) Die bundesgerichtliche Rechtsprechung dient vielfach als Orientierungshilfe, weil das Bundesgericht auch über Fragen zu entscheiden hat, zu denen sich der Gesetzgeber (noch) nicht geäußert hat. Das Bundesgericht kann auf Änderungen in der Rechtsauffassung flexibler reagieren, darf aber nicht eine legislative Funktion übernehmen.

dung generell abstrakter Normen auf den konkreten Fall logischerweise vorangeht, ist die Bedeutung der Rechtsetzung für die Rechtsgleichheit und damit indirekt für die rechtsgleiche Rechtsanwendung in unserem Zusammenhang interessant. Wäre nämlich der Grundsatz der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung voll verwirklicht und die Rechtsanwendung auf reines rechtssatzmässiges Handeln beschränkt, bestünde das Problem der Rechtsgleichheit bei der Rechtsanwendung nicht (1). Aus verschiedenen Gründen, wie wir noch sehen werden, lässt sich das Problem nicht so leicht lösen. Es bleibt abzuklären, wie weit die Rechtsgleichheit im positiven Recht bereits formell verwirklicht ist. "Diese Aufgabe konzentriert sich auf das häufig mit dem Gesetzesbegriff verbundene Allgemeinerfordernis" (2). Da die von der allgemeinen Norm erfassten Sachverhalte immer nur unter bestimmten Vergleichsaspekten gleich sind, unter andern Gesichtspunkten aber als ungleich erscheinen, genügt die Allgemeinheit nicht grundsätzlich der Anforderung der Rechtsgleichheit. Könnte nur eine allgemeine Norm rechtsgleiche Behandlung gewährleisten, müsste das Individualgesetz notwendigerweise dagegen verstossen. Diese Behauptung ist jedoch unhaltbar (3), weil es schliesslich nicht auf die Form der Regelung, sondern auf die Art der darin enthaltenen Behandlung ankommt (4).

"Wenn sich auch kein zwingender logischer Zusammenhang zwischen dem allgemeinen Gesetz und der Rechtsgleichheit aufdecken lässt, so besteht doch eine äusserst intensive Beziehung in praktischer Sicht" (5). Der im allgemein formulierten Gesetz enthaltene Tatbestand und die Rechtsfolge bilden die Voraussetzung, um in möglichst vielen Fällen Anwendung finden zu können. Sie sind auf gleichmässige Behandlung nach erheblichen Gesichtspunkten ausgerichtet. Sie nehmen damit den verschiedenen, rechtsanwendenden Organen eine

1) Vgl. auch Imboden/Rhinow, S. 431 Nr. 69

2) Weber-Dürler, S. 40

3) Weber-Dürler, S. 42

4) Rhinow, S. 231

5) Weber-Dürler, S. 44 mit Verweisungen

abwägende Vorentscheidung ab (1). Natürlich bieten die auslegungsbedürftigen Gesetze nicht direkt die passende Lösung. Sie geben aber eine gewisse Garantie und erweisen sich als hilfreiche, wegweisende Leitplanken, um Rechtsungleichheiten zu vermeiden. Die Allgemeinheit des Gesetzes dient somit aus praktischer Sicht zur Verwirklichung der Rechtsgleichheit (2), und die generelle "Vorausbestimmung" bildet ein unverzichtbares Element jeder Rechtsordnung (3).

IV. RECHTSGLEICHHEIT BEI DER RECHTSANWENDUNG

1. Rechtsanwendung

Die Rechtsanwendung wurde bereits im Zusammenhang mit der Rechtsetzung gestreift. Dabei wurde auf die unklare Abgrenzung bzw. den fließenden Uebergang zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung hingewiesen. Auf dieses Problem wird nicht mehr in grundsätzlicher Weise eingetreten. Dies hält uns aber nicht davon ab, den Begriff der Rechtsanwendung zu definieren oder wenigstens zu erläutern.

Rechtsanwendung bedeutet primär, aus dem Rechtssatz zu ermitteln, welche Rechtsfolgen für einen gegebenen Sachverhalt vorgeschrieben oder erlaubt sind (4). Noch einfacher ausgedrückt besteht die Rechtsanwendung in der rechtlichen Würdigung des Einzelfalles oder erweist sich als richterlicher bzw. verwaltungsmässiger "Konkretisierungsprozess" (5). Die Konkretisierung besteht nicht bloss in einer

1) Vgl. auch Fleiner/Giacometti, S. 408

2) Vgl. auch Nef, S. 83

3) Rhinow, S. 229

4) Vgl. auch Keller, S. 4

5) Rhinow, S. 118

automatischen Uebertragung der Rechtsnorm auf den Einzelfall (1), sondern umfasst regelmässig Erkennen und Entscheiden. Dies geschieht ganz unterschiedlich, je nachdem, ob eine eindeutige Rechtsgrundlage oder Ermessensspielraum vorliegt. Je schwächer die Rechtsbindung ist, umso mehr verschiebt sich die Rechtsanwendung in den Bereich der Rechtsetzung.

Auf die Rechtsgleichheit bezogen bedeutet Rechtsanwendung schliesslich Endpunkt der Differenzierung der Rechtsgleichheit (2).

2. Pflicht für Verwaltung und Gerichte

Der Gleichheitssatz verpflichtet auch die rechtsanwendenden Organe zu rechtsgleicher Behandlung (3). Das Legalitätsprinzip als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz, welcher in der Regel der Rücksicht auf gleichmässige Rechtsanwendung vorgeht (4), bindet die Organe an die Rechtsnormen. Obwohl die allgemeinen (5) Gesetze auf dem Gedanken der Rechtsgleichheit aufbauen, garantiert deren generell abstrakte Form keine gleichmässige Rechtsanwendung, weil sich die Gleichmässigkeit erst durch die Konkretisierung ergibt (6). Die rechtsanwendenden Instanzen sind deshalb speziell durch den Grundsatz der Rechtsgleichheit verpflichtet (7), die Rechtsnormen auf alle gleichliegenden Fälle in gleicher Weise anzuwenden. Sie müssen demnach das Recht stets und in gleichliegenden Fällen stets

1) Briner, S. 101: "Nur in den seltensten Grenzfällen wird die 'Anwendung' eines Rechtssatzes sich in zwingenden Subsumtionen von begrifflich-formellem Charakter, das heisst in blosser formeller Gesetzlichkeit erschöpfen."

2) Briner, S. 103

3) Scolari, S. 47: "... che le leggi devono essere applicati con criteri di ugualianza."; Fleiner/Giacometti, S. 408; Imboden/Rhinow, S. 428 Nr. 69

4) BGE 99 Ib 383

5) Zur Allgemeinheit des Massstabes als Garantie seiner Richtigkeit vgl. Arioli, S. 10 ff.

6) Vgl. vorne Ziff. 1.

7) Für die Verwaltung vgl. E. Blumenstein, MBVR 1948, S. 369 ff.

gleich zur Anwendung bringen (1).

3. Einfluss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf die Rechtsanwendung der Verwaltung

Das Bundesgericht urteilt als oberste Instanz, wenn es dazu aufgefordert ist, ob der Grundsatz der Rechtsgleichheit verletzt oder eingehalten ist. Das Bundesgericht setzt mit seinen Entscheidungen gewisse Massstäbe für die Anwendung des Gleichheitssatzes (2). Um aber weder innerhalb der drei Gewalten als "Obergewalt" noch im Rahmen unserer föderalistischen Staatsstruktur generell als oberstes Gericht in Gleichheitsstreitigkeiten aufzutreten, legt sich das Bundesgericht Beschränkungen auf. Unser höchstes Gericht übt eine "Ueberwachung" der Verwaltungstätigkeit aus, lässt ihr aber gleichzeitig den notwendigen Spielraum.

Die Bundesgerichtsentscheide haben einen beschränkten, indirekten Einfluss auf die Verwaltung. Indirekt ist der Einfluss, weil das Bundesgericht nur kassatorisch urteilt und keine direkten Weisungen erteilt. Zudem sind die Verwaltung und deren Aufsichtsorgane formell nicht an die bundesgerichtliche Praxis gebunden, sondern nur an die sie direkt betreffenden Entscheidungen. Beschränkt ist der Einfluss, weil das Bundesgericht nur in krassen Fällen, in denen die Verletzung offensichtlich ist, Rechtsschutz gewährt. Daraus entwickelte sich der Begriff der Willkürbeschränkung (3) als bundesgerichtliche Rechtsanwendungskontrolle (4).

-
- 1) Bezüglich formeller und materieller Wirkung der Rechtsgleichheit vgl. auch Fehrlin, S. 8
 - 2) Gisler, S. 2, Rechtsgleichheit im Verfahren: "In einem Staat, der nur auf oberster Ebene, bei den Bundesbehörden, ein einheitliches positives Verfahrensrecht kennt und in dem Kantone und Gemeinden der Rechtszersplitterung huldigen, ist man für diese Rechtsprechung dankbar."
 - 3) Die Kognition des Bundesgerichtes ist bei Beschwerden wegen Verletzung der Rechtsgleichheit auf Willkür beschränkt. Vgl. auch Marti, S. 158 ff.
 - 4) Vgl. auch Arioli, S. 85 f.

Das Bundesgericht befasst sich also nur mit der Spitze des Eisberges. Die Rechtsgleichheit kann aber auch ohne Vorliegen von Willkür verletzt sein; lediglich der bundesgerichtliche Schutz ist in der Regel nur im Falle von Willkür gegeben (1).

Die Verwaltung kann sich an den vom Bundesgericht entwickelten Grundsätzen orientieren, muss aber im Einzelfall selber die wesentlichen Kriterien beurteilen.

1) Schwarzenbach, S. 90

§ 2 GLEICHBEHANDLUNGSGEBOT IM BESONDEREN

I. RECHTSGLEICHHEIT UND GLEICHBEHANDLUNG

1. Gleichbehandlung im Rahmen der Rechtsgleichheit

a) Begriff der Gleichbehandlung

aa) Allgemein

Das Wort Gleichbehandlung setzt sich zusammen aus den Begriffen Gleichheit und Behandlung. Die Gleichheit wurde bereits im Zusammenhang mit der Rechtsgleichheit im allgemeinen behandelt und auf deren Relativität (1) hingewiesen. Unter Ziffer III wird das Kriterium der Gleichheit im Rahmen der Gleichbehandlung erörtert.

Unter Behandlung verstehen wir das auf einen andern oder auf andere gerichtete Verhalten. Erfolgt die Behandlung durch das Recht oder in Anwendung des Rechts, handelt es sich um eine rechtliche Behandlung (2).

Sprechen wir von rechtlicher Gleichbehandlung zweier Objekte, dann vergleichen wir nicht primär die Objekte (3), sondern deren Behandlung durch das angewandte Recht (4). Der Begriff der rechtlichen Gleichbehandlung könnte zur Annahme verleiten, eine solche bestehe nur, wenn das Recht an beide Sachverhalte dieselbe Rechtsfolge knüpfe (5). Dies würde im Ergebnis der dem Gleichheitsbegriff immanenten Relativität widersprechen. Denn auch bei gleichen Rechtsfolgen besteht vielleicht nur bezüglich der in der Rechtsfolge-

1) Vgl. dazu auch Arioli, S. 3 ff., Weber-Dürler, S. 38 f., Nef, S. 24 ff., Imboden/Rhinow, S. 424 Nr. 69

2) Weber-Dürler, S. 26: "Von rechtlicher Behandlung eines Sachverhalts wird jedenfalls dann gesprochen, wenn eine Rechtsnorm eine Rechtsfolge an den besagten Sachverhalt knüpft."

3) Die relative Gleichheit der Objekte bildet eine Voraussetzung der Gleichbehandlung.

4) Weber-Dürler, S. 25 f.

5) Weber-Dürler, S. 26

bestimmung enthaltenen Begriffe Gleichheit, bezüglich andern Vergleichspunkten kann hingegen Ungleichheit vorliegen.

Die Relativität bleibt auch bei der Gleichbehandlung gewahrt (1). Die Gleichbehandlung erweist sich, wie wir noch mehrmals feststellen werden, als adäquate, angemessene Behandlung.

Der Begriff der Gleichbehandlung könnte im Rahmen der Rechtsgleichheit ausschliesslich der Rechtsanwendung vorbehalten bleiben. Mit der Rechtsetzung wird eine rechtsstaatliche Grundlage geschaffen, welche eine rechtliche Behandlung ermöglicht. In der Rechtsordnung müssen alle Rechtssubjekte gleich gestellt werden. Deshalb sollte bei der Rechtsetzung der Begriff der "Gleichstellung" verwendet werden.

bb) Als Grundlage der vorliegenden Arbeit

Die vorliegende Arbeit befasst sich im Hauptteil (III. Teil) mit der Gleichbehandlung bei der Erteilung oder Verweigerung einer Baubewilligung. Mit diesen Bauentscheiden sind Entscheide als Abschluss des Baubewilligungsverfahrens gemeint. Dazu folgen im II. Teil nähere Ausführungen.

Hier soll der Begriff der Gleichbehandlung, wie er der vorliegenden Arbeit zugrunde liegt, definiert werden. Dies ist notwendig, weil "Gleichbehandlung" in verschiedenen Deutungen verwendet wird.

Der bundesgerichtliche Willkürbegriff und speziell das Willkürverbot haben viel zur Entwicklung der Rechtsgleichheit beigetragen, aber auch begriffliche Abgrenzungen verwischt oder erschwert. Dies wirkt sich insofern nicht negativ aus, als der Rechtsschutz nicht beeinflusst wird. Oft begnügt sich das Bundesgericht mit der Feststellung, ein Akt sei aus diesem oder jenem Grunde willkürlich, ohne die Fehlerquelle näher zu bezeichnen. Wird jedoch bei einer Arbeit nicht die ganze Rechtsgleichheit erfasst, ist es unerlässlich, eine

1) Weber-Dürler, S. 29

Abgrenzung festzulegen. Mit der vorliegenden Arbeit sollen in erster Linie alle jene Gleichbehandlungsfälle erfasst werden, welche einen Vergleich zwischen verschiedenen, konkreten Fällen zulassen. Damit ist noch nichts über die Fehlerquelle gesagt.

Obwohl auch die Verletzung des rechtlichen Gehörs, welche als verfahrensrechtliche Frage unter die formelle Rechtsverweigerung (1) fällt, letztlich einen Einfluss auf den Endentscheid haben kann, sind Probleme der Gleichbehandlung im Verfahren ausgeschlossen (2). Beim Vergleich konkreter Fälle kann ein Entscheid als Rechtsanwendungsfehler im Einzelfall erscheinen, weil beispielsweise eine unhaltbare Auslegung vorgenommen wurde (3). Damit ergibt sich eine Ueberschneidung mit dem Willkürverbot im Sinne der materiellen Rechtsverweigerung, welche lediglich einen Entscheid mit der Norm vergleicht. Diese Ueberschneidung lässt sich nicht vermeiden, wenn die Gleichbehandlung im weitesten Sinne eingeschränkt werden soll, um nicht jede offensichtliche Rechtsverletzung oder jeden krassen Widerspruch zum Gerechtigkeitsgedanken zu erfassen. Somit lässt sich unser Begriff als Gleichbehandlung im engeren Sinne bezeichnen (4).

Bei dieser Gleichbehandlung spielen die Präjudizien eine wichtige Rolle. Sie geben aufschlussreiche Hinweise über mögliche Ungleichbehandlungen.

Auch beim Vergleich der rechtlichen Behandlung zweier konkreter Fälle schlagen wir die Brücke bezüglich Gleichheit oder Ungleichheit über das anwendbare Recht. Vergleichen wir mehrere konkrete Fälle

1) Vgl. auch Aufstellung in den Sachregistern der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts

2) Vgl. dazu Kölz, S. 349; ferner Gisler, S. 17 ff.

3) Beispiel: Wenn eine Baubehörde bei der Normenkontrolle ein Bauprojekt mit den anwendbaren Baunormen vergleicht und dabei einen Fehler macht, handelt es sich, unabhängig von Vergleichsmöglichkeiten mit andern Bauprojekten, um einen Rechtsanwendungsfehler. Dieser stellt eine abstrakte Ungleichbehandlung dar.

4) Vgl. auch Kölz, S. 348

miteinander, überprüfen wir die gleichmässige, einheitliche Rechtsanwendung. Die Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung liegt normalerweise in der unrichtigen Rechtsanwendung im Einzelfall. Ist die Verletzung offensichtlich, der Entscheid unhaltbar oder in krassem Widerspruch zum Gerechtigkeitsgedanken, lässt sich die Rechtsverletzung als Willkür qualifizieren.

b) Gleichbehandlungsgebot

Art. 4 BV hat in der ganzen Rechtsordnung ein grosses Anwendungsgebiet. Nebst dem eigentlichen Grundsatz der Rechtsgleichheit wurden daraus noch weitere rechtsstaatliche Prinzipien abgeleitet (1). Auch die Auslegung des Rechtsgleichheitssatzes entwickelt sich laufend. Das Gleichbehandlungsgebot im engeren Sinne kann als eigentlicher Kern der Rechtsgleichheit betrachtet werden (2). Es stellt das Prinzip der richtigen, einheitlichen Rechtsanwendung auf (3).

Schon seit Beginn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung überprüft das Bundesgericht die kantonalen Rechtsanwendungsakte auf Gleichbehandlung unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit. Die Beurteilung erfolgte oft unter der Formel des Verbots der ausnahmsweisen Behandlung. Daneben lassen sich aber in den früheren Entscheidungen auch andere Ausdrücke finden, wie ungleiche (4), ausnahmsweise und willkürliche (5), ungleichmässige Behandlung (6), willkürliche ungleiche Handhabung des Gesetzes (7) und willkürliche Andersbehandlung (8).

1) So z.B. Gesetzmässigkeit, Verhältnismässigkeit und Treu & Glauben; vgl. auch Saladin, Das Verfassungsprinzip der Fairness, S. 41 ff.

2) Die Rechtsgleichheit basiert auf dem Gerechtigkeitsgedanken und "alle Gerechtigkeit ist in irgendeinem Sinne Gleichbehandlung" (Nef, S. 87).

3) Vgl. auch Arioli, S. 103

4) BGE 2.379

5) BGE 10.435; 13.355

6) BGE 6.173

7) BGE 15.121

8) BGE 7.632; 10.498

Das Gleichbehandlungsgebot, welches zunächst zur Beurteilung von konkreten Vergleichsfällen zu dienen scheint, wurde schliesslich mit einem weitgefassten Willkürbegriff vollständig vermengt (1). Das Gleichbehandlungsgebot lässt sich nicht mehr immer vom dominierenden Willkürverbot trennen. Ohne sich auf terminologische Spitzfindigkeiten einzulassen, soll unter Ziffer 2 die Gleichbehandlung im Verhältnis zur Willkür lokalisiert werden.

Das Gleichbehandlungsgebot im weiteren Sinne (2) gilt sowohl für Rechtsetzung als auch für Rechtsanwendung. Bei beiden sind willkürliche, sachlich unbegründete Unterscheidungen unzulässig. Während die Unterscheidungsmerkmale (Differenzierungen) bei der Rechtsetzung dem Wesen nach abstrakt (3) sind, beziehen sie sich bei der Rechtsanwendung auf konkrete Vergleichsfälle (4). Bei der Rechtsetzung geht es um die Gleichstellung, d.h. gerechte Differenzierung innerhalb der Tatbestände, und bei der Rechtsanwendung müssen gleiche Sachverhalte gleich behandelt werden.

2. Gleichbehandlung und Willkür

a) Parallelen und Unterschiede

Gleichbehandlung und Willkür können miteinander in mehr oder weniger enge Beziehung gebracht werden, je nachdem, welche Sinngebung dem Willkürbegriff zugemessen wird. Eine enge Beziehung besteht insofern, als bei Willkür als qualifizierter Rechtsverletzung das Gleichbehandlungsgebot immer verletzt wird. Entweder unterscheidet die Behörde nach willkürlichen, ungerechten Kriterien, welche auch dem Gesetzgeber untersagt wären, oder sie wählt eine solche Auslegung, welche ohne Willkür nicht aus dem Gesetz abgeleitet

1) Arioli, S. 103

2) Diese Bezeichnung dient als Abgrenzung zum Begriff der Gleichbehandlung im engeren Sinne, welcher dieser Arbeit zugrunde liegt.

3) Dies gilt nicht ausnahmslos, z.B. Individualgesetz.

4) Vgl. auch Arioli, S. 104

werden kann (1). Damit ist über den eigentlichen Begriff der Willkür noch wenig gesagt (2). Aber es zeigt sich ein Wesensbezug zur Gerechtigkeit. Es soll hier lediglich auf das Verhältnis hingewiesen und nicht der Willkürbegriff vollumfänglich abgehandelt werden (3). Willkür beschränkt sich auf den Einzelfall und stellt eine Qualifikation dar. Prüfen wir die einheitliche Rechtsanwendung und liegt in einem Fall Willkür vor, ist automatisch das Gleichbehandlungsgebot verletzt. Für einen Verstoss gegen die Gleichbehandlung würde schon blosser Unrichtigkeit genügen, nur der bundesgerichtliche Rechtsschutz wird erst bei Willkür gewährt.

b) Willkürliche Behandlung

Als willkürliche Behandlung erweist sich jedes Verhalten, welches sich weder auf verfassungskonforme Auslegung noch auf irgendwelche sachlich gerechtfertigte, vernünftige Gründe abstützen lässt und eine gewisse Intensität erreicht. Eine solche Behandlung kann sich als willkürliche Rechtsetzung in Form einer willkürlichen Gleichstellung bzw. Ungleichstellung oder als willkürliche Rechtsanwendung äussern.

Betrachten wir den Ausdruck im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wird mit "willkürlich" bereits eine gewisse Intensität des Verstosses, der Ungerechtigkeit oder Unhaltbarkeit ausgedrückt (4). Das Bundesgericht schreitet aus bereits erwähnten Gründen (5) nur gegen qualifizierte Rechtsanwendungsfehler ein. Die Qualifizierung ergibt sich formell aus der bundesgerichtlichen Ueber-

1) Arioli, S. 27 f.

2) "Willkür ist, allgemein gesprochen, eine objektive schwerwiegende Rechtsverletzung." Imboden/Rhinow, S. 452 Nr. 73

3) Zum Willkürbegriff in der Rechtsetzung vgl. Weber-Dürler, S. 166 ff. Zum Verbot der willkürlichen Rechtsanwendung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vgl. Arioli, S. 27 ff.

4) 4) BGE 104 II 223; 100 Ia 6, 468; 102 Ia 3, 12; 96 I 301; 95 I 301

5) Vgl. vorne S. 21 f.

prüfungsbeschränkung und materiell aus dem von ihm entwickelten Willkürbegriff (1).

Im allgemeinen verwendet das Bundesgericht die Willkür aber auch als Leerformel (2), unter welche schliesslich jeder Rechtsetzungs- und Rechtsanwendungsakt fällt, wenn er im Widerspruch zu Art. 4 BV steht.

c) Gleichbehandlung im engeren Sinne und Willkürverbot

Gleichbehandlungsgebot und Willkürverbot im Sinne der materiellen Rechtsverweigerung leiten sich beide aus Art. 4 BV ab (3). Beides sind Maximen der Rechtsanwendung. Das Willkürverbot, bei welchem nur zwischen dem Entscheid und der Norm verglichen wird, umfasst das Gleichbehandlungsgebot. Der Grundsatz der Gleichbehandlung kann aber schon verletzt sein durch einen Entscheid, welcher nicht gegen das Willkürverbot verstösst. Schlussfolgerung: Der wesentliche Unterschied zwischen dem Willkürverbot als materieller Rechtsverweigerung und dem Gleichbehandlungsgebot im engeren Sinne liegt darin, dass beim Willkürverbot nur eine qualifizierte Rechtsverletzung erfasst wird, welche sich auf den Vergleich zwischen Norm und Entscheid beschränkt; dagegen werden beim Gleichbehandlungsgebot mindestens zwei Entscheide verglichen, und die Verletzung braucht nicht qualifiziert zu sein.

Betrachten wir das Willkürverbot als umfassendes Rechtsrichtigkeitsgebot (4), erscheint es damit als allgemeine Klausel der Rechtsstaatlichkeit ohne direkte Beziehung zum Gleichheitssatz.

1) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 450 ff. Nr. 73

2) Weber-Dürler, S. 172 ff.

3) Vgl. auch Zimmerlin, S. 12

4) Arioli, S. 17

d) Gleichbehandlung und bundesgerichtliche Willkürbeschränkung

In unserer föderalistischen Staatsstruktur haben die Kantone eine gewisse Eigenständigkeit (1). Das Bundesgericht soll nur dort eingreifen, wo eine weit auszulegende Einheitlichkeit in der Rechtsanwendung nicht mehr gewährleistet ist. Das Bundesgericht überwacht die Einheitlichkeit im Sinne der Gesetzmässigkeit, wobei sich Ungleichheiten aus der unterschiedlichen Rechtsetzung in den Kantonen ergeben können.

In der Judikatur kann Willkür einerseits als qualifizierte Unrichtigkeit oder Unhaltbarkeit, andererseits als Leerformel aufgefasst werden. Leerformel bedeutet sie, wenn nur der Widerspruch zu Art. 4 BV gemeint ist (2). Die qualifizierte Unrichtigkeit verlangt eine gewisse Intensität der Verletzung. Damit verschiebt sich das Problem auf die Unterscheidung zwischen willkürlich und bloss unrichtig (3). Die Unterscheidung kann bezüglich Erkennbarkeit (4) oder in wertmässiger (5) Hinsicht erfolgen. Die Willkürbeschränkung als formelle Rechtsschutzschränke entspricht dem Willkürverbot als Verbot der materiellen Rechtsverweigerung.

II. INHALT DES GLEICHBEHANDLUNGSGEBOTS

Das Gleichbehandlungsgebot verlangt in einer verkürzten Formel, dass "Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln" sei (6).

-
- 1) Die Eigenständigkeit geht dem Gleichheitssatz in beschränktem Masse vor. Vgl. auch BGE 91 I 491
 - 2) Weber-Dürler, S. 172
 - 3) Arioli, S. 44; Marti, S. 158
 - 4) Vgl. auch Imboden/Rhinow, S. 450 Nr. 73: "offensichtliche Rechtsverletzung"
 - 5) "Je schutzwürdiger das in Frage stehende Rechtsgut ist, desto rascher nähert sich die blossе Unrichtigkeit der Willkür." (BGE 90 I 139) Marti, S. 158
 - 6) BGE 95 I 373; 94 I 654; 90 I 162 f.

Obwohl die so gegebene Anweisung Tautologie bleibt (1), soll der Inhalt kurz aufgegliedert werden, um die verschiedenen Varianten aufzuzeigen und die Relativität etwas zu veranschaulichen.

1. Gleichbehandlungsgebot oder Ungleichbehandlungsverbot

a) Gleichbehandlung gleicher Sachverhalte

Das Gebot verlangt, dass gleiche Sachverhalte gleich behandelt werden. Stimmen die wesentlichen Merkmale überein, muss auch die Behandlung gleich sein. Die richtige Rechtsanwendung muss bei gleichen Voraussetzungen zu gleichen Ergebnissen der Rechtsverwirklichung führen.

b) Verbot der Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte

Dieses Verbot ist nichts anderes als ein Umkehrschluss aus dem Gleichbehandlungsgebot. Gleiche Sachverhalte dürfen nicht ungleich behandelt werden. Es darf nicht an die begriffsnotwendig auch vorhandenen Ungleichheiten angeknüpft werden, wenn sie aufgrund der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale nicht als wesentlich erscheinen.

2. Ungleichbehandlungsgebot oder Gleichbehandlungsverbot

a) Ungleichbehandlung ungleicher Sachverhalte

Obwohl bei der Gleichbehandlung immer die Gleichheit im Vordergrund steht, verlangt das Gleichbehandlungsgebot bei Ungleichheit entsprechende Ungleichbehandlung. Dies ist der negative Schluss aus dem Gleichbehandlungsgebot. Dadurch entsteht bei Ungleichheit ein Anspruch auf Ungleichbehandlung.

1) Imboden/Rhinow, S. 428 Nr. 69

Bezüglich Relativität bedeutet dies, dass wohl ein tertium comparationis (1), aber keine weiteren relevanten Gemeinsamkeiten vorhanden sind.

Der Grundsatz der Ungleichbehandlung ungleicher Sachverhalte lässt sich aus dem in Art. 4 BV enthaltenen Gerechtigkeitsgebot ableiten (2).

b) Verbot der Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte

Das Gleichbehandlungsgebot lässt sich, negativ ausgedrückt, auch als Verbot aufstellen. Eine Gleichbehandlung kommt nicht in Frage, wenn die entscheidenden Merkmale nicht übereinstimmen.

Diese Aufgliederung zeigt noch deutlicher, dass damit das Problem noch nicht gelöst ist und immer eine angemessene Behandlung gefordert wird. Die theoretischen Feststellungen verschieben das Problem auf die praktische Frage, welche Sachverhalte als gleich und welche als ungleich zu gelten haben. Entsprechend den massgebenden Kriterien hat die Anknüpfung an das anwendbare Recht zu erfolgen. Diese Kriterien müssen im konkreten Einzelfall durch Auslegung oder gerechte Ermessensbetätigung ermittelt werden. Nur durch gerechte Differenzierung und entsprechend richtiger Anknüpfung wird der Inhalt des Gleichbehandlungsgebots als Kern der Gerechtigkeit (3) voll ausgeschöpft.

1) Vgl. Ziff. III 1.

2) Burckhardt, Kommentar, S. 30 f.

3) Vgl. auch Meyer Daniel, S. 30 f.

III. KRITERIEN DER GLEICHHEIT

1. Gleichheit im allgemeinen

a) Voraussetzungen der Gleichheit

Bereits weiter vorne haben wir festgestellt, dass nur Verschiedenes gleich sein kann. Dies bedeutet eine erste Voraussetzung (1). Gleichheit ist ein Verhältnis von Verschiedenem. Bei dieser Feststellung setzen wir stillschweigend voraus, dass sich zwei verschiedene Dinge überhaupt vergleichen lassen. Nicht alles lässt sich ohne weiteres miteinander vergleichen. Stellen wir einen Vergleich an, bringen wir zwei verschiedene Dinge in eine Beziehung und messen sie an einem bestimmten Kriterium. Denn nur wenn wir sie vergleichen können, ist eine Aussage bezüglich Gleichheit möglich.

Dieses für die Vergleichbarkeit (2) vorausgesetzte Gemeinsame nennt man "tertium comparationis". Dieser Bezugspunkt muss beim Vergleich identisch bleiben (3). Damit wird noch nichts über die Gleichheit an sich ausgesagt, sondern nur die für den Vergleich notwendige zweite Voraussetzung geschaffen.

b) Gleichheit bei Gleichbehandlung

Gleichbehandlung setzt Gleichheit voraus. Damit steht noch nicht fest, welche Gleichheit gemeint ist. Ist es die Gleichheit der Sachverhalte, der Objekte, der Begründungen, der Ergebnisse oder gar eine Gleichheit zwischen Norm und Entscheid?

Weisen zwei verschiedene Sachverhalte oder Objekte Gemeinsamkeiten (Übereinstimmung) in den wesentlichen (4) Merkmalen (tatsächlichen

1) Nef, S. 3

2) Nef, S. 6

3) Nef, S. 8

4) Welche Merkmale als wesentlich erscheinen, ist aufgrund des anwendbaren Rechts durch Auslegung der Tatbestandsmerkmale zu ermitteln.

Verhältnissen) auf, sind sie entsprechend gleich zu behandeln. Die Behandlung basiert auf der Gleichheit. Sie ist Voraussetzung für Gleichbehandlung.

Prüfen wir dagegen in zwei gleichen Fällen die Einhaltung der Gleichbehandlung (1), vergleichen wir die beiden Entscheide, d.h. die Ergebnisse. Die Gleichheit oder Ungleichheit der Begründungen haben auf die Beurteilung der Gleich- oder Ungleichbehandlung keinen direkten Einfluss, sondern können lediglich als Hinweise dienen.

Von einer Gleichheit zwischen Norm und Entscheid im Sinne der Subsumtion können wir sprechen, soweit sich der Entscheid aus der Norm ableiten lässt. Diese Feststellung deckt sich mit dem Problem der zulässigen Auslegung bzw. der Gesetzmässigkeit. Es handelt sich um eine Gleichheit zwischen abstraktem Tatbestand und konkretem Sachverhalt.

Diese Ausführungen gelten natürlich analog für Ungleichheit und Ungleichbehandlung.

Wir können schliesslich feststellen, dass das Kriterium der Gleichheit im Rahmen der Gleichbehandlung speziell durch das Gleichheitsurteil (2) konkrete Formen annimmt. Das Problem beschränkt sich nicht auf Beurteilung abstrakter Differenzierungen, sondern lässt konkrete Vergleiche zu.

1) Wir prüfen, ob das Gleichbehandlungsgebot verletzt wurde.

2) Arioli, S. 104

2. Gleichheit und Analogieschluss

Gleichheit und Analogie (1) sind verwandte Ausdrücke. Bezüglich ihrer Zweckverfolgung können sie als gleich bezeichnet werden. Beide charakterisieren ein Verhältnis zwischen zwei Sachverhalten beziehungsweise zwischen einem Sachverhalt und einem Tatbestand. Bei Gleichheit der wesentlichen Merkmale verlangt der Gleichheitssatz Gleichbehandlung. Der Analogieschluss stützt sich letztlich ebenfalls auf den Gleichheitssatz ab, bezieht sich aber lediglich auf die Rechtsanwendung. Er dient als Hilfsmittel einer sinngemässen Auslegung und der freien Rechtsfindung *praeter legem* (2).

Wird ein Sachverhalt nicht eindeutig vom Gesetzeswortlaut erfasst, drängt sich aber eine sinngemässe Anwendung auf, kann die Subsumtion durch zulässige, teleologische Auslegung erfolgen. Mit dem Analogieschluss als Auslegungshilfsmittel kann ein Sachverhalt unter eine Vorschrift subsumiert werden, ohne den Rahmen des Gesetzes zu sprengen. Durch das Legalitätsprinzip sind die rechtsanwendenden Organe an das Gesetz gebunden. Soweit ein Sachverhalt durch zulässige, nicht willkürliche Auslegung unter eine Vorschrift subsumiert werden kann, kommt dem Analogieschluss keine selbständige Bedeutung zu. Eine selbständige Bedeutung erhält der Analogieschluss bei freier Rechtsfindung *praeter legem*, welche eine echte Gesetzeslücke voraussetzt (3).

Wo eine positive Regelung fehlt, stellt sich das Problem einer zulässigen Auslegung gar nicht. Im rechtsfreien Raum kann durch Analogieschluss ein Rechtssatz auf einen Tatbestand angewandt werden, "der nicht geregelt ist, aber unter den jenen Satz bestimmen-

1) Analog bedeutet entsprechend, gleichartig, übertragbar, sinngemäss anwendbar usw.

Die Gleichbehandlung bei Rechtsanwendung beispielsweise gilt analog der Rechtsgleichheit bei Rechtsetzung. Die Gleichbehandlung weist "eine differenzierte Tragweite auf" (Imboden/Rhinow, S. 430 Nr. 69).

2) Imboden/Rhinow, S. 171 Nr. 27

3) Im Baupolizeirecht sind echte Gesetzeslücken kaum denkbar (Imboden/Rhinow, S. 170).

den Grundgedanken fällt" (BGE 82 I 26). Damit wird das Legalitätsprinzip gefährdet (1). Soweit der Analogieschluss eine Gleichbehandlung ermöglichen will, stellt sich wieder die Frage der Gerechtigkeit im Vergleich zur Gesetzmässigkeit.

Gleichbehandlung setzt Gleichheit der wesentlichen tatsächlichen Verhältnisse voraus. Analogieschluss setzt "eine Gleichheit oder zumindest starke Aehnlichkeit zwischen dem vom Gesetz erfassten und dem zu beurteilenden Tatbestand voraus" (2). Danach begnügt sich der Analogieschluss mit starker Aehnlichkeit. Wo aber ist die Grenze zwischen starker Aehnlichkeit und Gleichheit? Im Einzelfall bleibt nichts anderes übrig, als anhand des Gerechtigkeitsgebots abzuwägen.

Während die Gleichbehandlung als Grundsatz besteht, dient der Analogieschluss als Mittel zum Zweck. Die Gleichbehandlung verlangt gleichmässige Rechtsanwendung. Mit dem Analogieschluss sollen gleichliegende Fälle im weitesten Sinne gleich erfasst werden, Lücken geschlossen und damit auch zur Gleichbehandlung verholfen werden.

3. Gleichheit im Gegensatz zur Identität

Auf den bereits erwähnten Gegensatz wollen wir kurz zurückkommen, weil er speziell im Rahmen der Gleichbehandlung viel zur Klärung beiträgt.

Gleichheit ist ein Verhältnis zwischen Verschiedenem, welches ein Vergleichen zulässt. Zwei Objekte werden an einem identischen Kriterium gemessen. Kann eine teilweise Uebereinstimmung festgestellt werden, bezeichnet man sie bezüglich ihrer Gemeinsamkeiten als gleich, hinsichtlich der Unterschiede als ungleich.

Zwei Bauobjekte können bezüglich ihrer Nutzung, Form und Zonen-

1) Vgl. auch Gisler, S. 40

2) SORB 1967 Nr. 23 S. 129, 1968 Nr. 3 S. 23

einteilung gleich sein. Niemals sind sie aber gleich bezüglich ihrer Lage. Bei Grundstücken liegt der Unterschied hinsichtlich Lage schon in der Natur des Bodens (1). Weisen zwei Grundstücke dieselben Masse und die darauf projektierten oder erstellten Bauobjekte dieselben Merkmale auf, dann können sie vielleicht das Maximum an Uebereinstimmung erreichen. Aber keine Maximierung der Gleichheit führt zur Identität (2).

Um Identität kann es sich nur handeln, wenn zweimal das gleiche Baugesuch bezüglich des gleichen Bauobjekts eingereicht wird (3). Dies kann zutreffen, wenn das erste Gesuch wegen Formmangels zur Korrektur des formellen Baugesuchs zurückgewiesen wird. Sowohl das erste als auch das zweite eingereichte Baugesuch betreffen dasselbe Bauobjekt. Die in den beiden Baugesuchen behandelten Bauobjekte sind identisch.

Wäre übrigens Gleichbehandlung nur bei Identität garantiert, würde dies eine unsinnige Einschränkung bedeuten. Konkret wäre dann Gleichbehandlung nur bei ein und derselben Person oder auf dasselbe Bauobjekt bezogen zu beachten. Damit würde das Gleichbehandlungsgebot zu einem enggefassten Gebot der Widerspruchslosigkeit. Art. 4 BV verlangt aber Gleichbehandlung für "alle Schweizer". Im Vordergrund steht die Gleichbehandlung von verschiedenen Menschen; dies gilt auch, wenn von Objekten und Sachverhalten die Rede ist.

-
- 1) Zum Verhältnis: Natur der Sache und Gleichheitssatz, vgl. Schmidt, in Deutsche Juristenzeitung 1967 S. 402 ff.
 - 2) Gisler, S. 164: "Mehrfach-Baubewilligungen, die identische Bauvorhaben regeln, kommen selten vor." Damit können nur "gleiche" Bauvorhaben gemeint sein. Ebenfalls ungenau Auer Andreas, in ZBI 1978 S. 294: "circonstances identiques"
 - 3) Der Gesuchsteller braucht nicht identisch zu sein.

IV. GLEICHBEHANDLUNGSGEBOT ALS PFLICHT ZUR GLEICHEN, GLEICHMAESSIGEN RECHTSANWENDUNG

1. Im allgemeinen

Das Gleichbehandlungsgebot verpflichtet die rechtsanwendenden Organe zu einer gleichmässigen Rechtsverwirklichung. Die in der Rechtsetzung abstrakt formulierte Gleichstellung soll in der Rechtsanwendung in konkrete, relative Gleichbehandlung (1) umgesetzt werden. Soweit Rechtssätze vorhanden sind, müssen sie auf alle subsumierbaren Fällen angewandt werden. Der Rechtssatz ist durch die allgemeine Formulierung auf Gleichbehandlung ausgerichtet. Der Rechtssatz allein garantiert aber noch keine gleichmässige Behandlung, weil er meistens auslegungsbedürftig ist und damit einen gewissen Anwendungsspielraum zulässt, beziehungsweise zwangsläufig mit sich bringt. Obwohl die Auslegung eine der wichtigsten und repräsentativsten Tätigkeiten innerhalb der Rechtsanwendung darstellt, umfasst sie nur einen Teil der Rechtsverwirklichung. Zur Rechtsverwirklichung im Rahmen der Rechtsanwendung zählen alle rechtswirksamen Tätigkeiten (2).

Da die Rechtsanwendung nicht mechanische Uebertragung darstellt, sondern immer lebendiges, sich entwickelndes Deuten und Abwägen ist, kann auch die Gesetzmässigkeit noch keine Garantie für Gleichbehandlung geben. Das Gleichbehandlungsgebot verlangt von den rechtsanwendenden Organen mehr als nur gesetzmässiges Handeln. Auch innerhalb der Gesetzmässigkeit muss die Rechtsanwendung gleichmässig sein.

1) Zum Gebot der rechtlichen Differenzierung vgl. Imboden/Rhinow, S. 453 Nr. 73

2) Dazu zählen alle Handlungen, welche auf eine Verfügung oder einen Entscheid hinzielen und damit eine Aussenwirkung, d.h. auf den Bürger gerichtete Wirkung, erzielen.

2. In zeitlicher Hinsicht

Das Gleichbehandlungsgebot gilt jedenfalls, solange es als Grundsatz in der Verfassung verankert ist (1). Das Gleichbehandlungsgebot ist auf die Anwendung des Rechts ausgerichtet. Die Rechtsauffassung und das auf ihr basierende Recht ändern sich mit der Zeit, weil das Recht als menschliche Verhaltensregelung nicht statisch bleiben kann. Die durch die Gesetzmässigkeit geprägte Rechtsanwendung richtet sich primär nach den geltenden Gesetzen (2). Mit der Aenderung der Gesetze ändert sich normalerweise auch die rechtliche Behandlung, welche aufgrund von Rechtssätzen erfolgt (3). Durch das Gesetzmässigkeitsprinzip wirkt sich die Aenderung auch auf das Gleichbehandlungsgebot aus. Damit erweist sich das Gleichbehandlungsgebot auch in zeitlicher Hinsicht als relativer Begriff.

Die rechtliche Behandlung erfolgt aufgrund der Sinndeutungen der Vorschriften. Ueber eine gewisse Zeit betrachtet entwickelt sich die Rechtsanschauung und die damit verbundene Praxis. Die Auffassung über den Sinn einer Regel kann sich zeitlich wandeln. Aufgrund neuer Erkenntnisse drängt sich vielleicht eine Praxisänderung (4) auf. Die rechtliche Behandlung vor und nach der Praxisänderung unterscheidet sich. Ob es sich um eine unzulässige Ungleichbehandlung oder um eine unzulässige Gleichbehandlung handelt, hängt von der Rechtfertigung der Praxisänderung ab.

-
- 1) Die Frage, ob es aufgrund unserer Staatsstruktur auch ohne Verfassungsgrundlage gelten würde und ob dieser Grundsatz ohne weiteres gestrichen werden könnte, soll damit nicht beantwortet werden.
 - 2) Zum Willkürverbot als Schranke der Rückwirkung vgl. Zimmerli Christoph, S. 41 f.
 - 3) Zur zeitlichen Rechtsanwendung im Bewilligungsverfahren, insbesondere im Baurecht vgl. Imboden/Rhinow, S. 96 ff. Nr. 15. Betreffend das intertemporale Recht bei der Baubewilligung vgl. Straub.
 - 4) Zur Praxisänderung vgl. Imboden/Rhinow, S. 442 Nr. 72. Die Praxisänderung bedeutet nicht Rechtsänderung. Diese bleibt dem Gesetzgeber vorbehalten.

3. In räumlicher Hinsicht

Der in der Verfassung festgelegte Gleichheitssatz gilt als Verfassungsrecht im ganzen Bundesstaat. Je nachdem, von welcher Ebene in der föderalistischen Staatsstruktur eine gesetzliche Regelung ausgeht, reicht ihre räumliche Wirkung: Bundesrecht gilt auf Bundesebene, kantonales Recht in den entsprechenden Kantonen, und Gemeinderecht beschränkt sich auf die Gemeinde. Innerhalb dieser räumlichen Grenzen soll eine gleichmässige Rechtsanwendung eine einheitliche Rechtsverwirklichung ermöglichen. Dass in den verschiedenen Kantonen und ihren Gemeinden unterschiedliche Vorschriften gelten (1) oder gleichlautende kantonale bzw. kommunale Vorschriften anders ausgelegt werden (2), verletzt das Gleichbehandlungsgebot nicht. Dies ist eine Folge unseres föderalistischen Systems, welches den Kantonen Eigenständigkeit und den Gemeinden aufgrund der kantonalen Verfassungen eine beschränkte Autonomie zugesteht.

Schwieriger wird die Beurteilung der Gleichbehandlung, wenn übergeordnete Rechtssätze räumlich verschieden angewandt werden. Wie weit der Anwendungsspielraum der untergeordneten Gebietskörperschaften reicht, kann nicht allgemein ausgedrückt werden. Deshalb erscheint auch die folgende Feststellung des Bundesgerichts zu pauschal und zu wenig differenziert: "Dass Bundesrecht von Kanton zu Kanton verschieden angewendet wird, verstösst nicht gegen die Rechtsgleichheit" (BGE 88 I 302, 93 I 312). Mit dieser Aussage kann nur die verschiedene, zulässige Auslegung, welche unterschiedliche Behandlungen ermöglicht, gemeint sein. Damit verschiebt sich die Unterscheidung zwischen zulässiger und unzulässiger Andersbehandlung oder verschiedener Bundesrechtsanwendung durch die einzelnen

1) Dadurch, dass das kantonale Recht von Kanton zu Kanton verschieden ist, wird der Grundsatz der Rechtsgleichheit nicht verletzt (BGE 104 Ib 394; 99 Ia 244).

2) Das Bundesgericht erblickt keinen Verstoß gegen Art. 4 BV in der Tatsache, dass dieselben gesetzlichen Bestimmungen in verschiedenen Kantonen verschieden angewandt werden, sofern keine der Auslegungen geradezu willkürlich ist (BGE 104 Ia 158; 102 Ia 156; 99 Ia 381; 92 I 190).

Kantone auf die Abgrenzung zwischen Unrichtigkeit und Willkür in der bundesgerichtlichen Rechtsanwendungskontrolle. Der Anwendungsspielraum kann grösser oder kleiner sein, je nachdem ob eine "gewollte geringe Regelungsdichte" (1) oder eine strenge einheitliche Rechtsanwendung vom Gesetzgeber gewollt war. Damit gelangen wir automatisch in den Bereich von Auslegung, unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessen.

4. In personeller Hinsicht

Das Gleichbehandlungsgebot richtet sich an alle rechtsanwendenden Organe jeder Stufe.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können unterschiedliche Behandlungen nur dann zu unzulässigen Ungleichbehandlungen führen, "wenn sie von der gleichen Behörde ausgehen" (BGE 104 III 98; 103 Ia 119; 102 Ia 42) (2). Nach Ansicht des Bundesgerichtes besteht eine Ausnahme, wenn eine zweite Behörde sich in einer Lage befindet, wie wenn sie beide Entscheide gefällt hätte (BGE 93 I 312; 91 I 172). Dies trifft vor allem dann zu, wenn die betreffende Instanz über dieselbe Kognitionsbefugnis verfügt wie die vorentscheidende Behörde. Damit ist Gleichbehandlung innerhalb der vertikalen, funktionellen Zuständigkeit gemeint.

In "ähnlicher Lage" können sich auch zwei Baubehörden verschiedener Gemeinden befinden (3). Entscheiden beide aufgrund kantonaler Bauvorschriften, welche keinen oder nur wenig Anwendungsspielraum offenlassen, muss ein Vergleich zwischen den Entscheidungen möglich sein. Das Gleichbehandlungsgebot verlangt schliesslich Gleichbehandlung aufgrund des anwendbaren Rechts (4). Ein solcher Vergleich

1) Imboden/Rhinow, S. 432 Nr. 69

2) Hier ist nun "gleich" im Sinne von "identisch" zu verstehen.

3) Gleichbehandlung innerhalb der örtlich verschiedenen Zuständigkeit

4) Vgl. auch Arioli, S. 110

setzt voraus, dass die "Regelungsdichte" (1) der Bauvorschriften geklärt und die besonderen kommunalen Verhältnisse berücksichtigt werden. Wenn man der Auffassung des Bundesgerichtes folgt, handelt es sich bei diesem Beispiel nicht um Gleichbehandlung im engeren Sinne, weil kein Gleichheitsurteil von derselben Behörde vorliegt und keine Präjudizwürdigung vorgenommen werden kann. Wird eine Verletzung festgestellt, kann somit nur die unrichtige Rechtsanwendung ohne Vergleichsmöglichkeiten verschiedener Gemeinden gerügt werden (2). Diese Folgerungen führen zu unbefriedigenden Ergebnissen (3).

Auch Entscheide kantonsfremder Behörden können unter Umständen gültige Aufschlüsse über Auslegungen und Wertungen gleichlautender Gesetze geben (4). Eine gänzliche Unbeachtlichkeit, wie sie das Bundesgericht vertritt, erscheint zu absolut.

1) Imboden/Rhinow, S. 432 Nr. 69

2) Dazu dienen normalerweise Verwaltungsbeschwerden an Aufsichtsorgane und Verwaltungsgerichtsbeschwerden an Verwaltungsgerichte.

3) Die Nachteile wirken sich vor allem bei der Geltendmachung aus. Denn naturgemäss wären die Vergleichsmöglichkeiten auf kantonaler Ebene grösser als innerhalb der Gemeinde.

4) Arioli, S. 111

II. T E I L

BAUBEWILLIGUNG

§ 3 DIE BAUBEWILLIGUNG IM RAHMEN DES ÖFFENTLICHEN BAURECHTS

I. ÖFFENTLICHES BAURECHT

1. Begriff

Das öffentliche Baurecht umfasst alle öffentlichrechtlichen Normen, welche die bauliche Ordnung und Bodennutzung regeln (1). Damit unterscheidet es sich zunächst vom privatrechtlichen Baurecht (2) (Nachbarrecht, insbesondere ZGB Art. 684 - 698). Das öffentliche Baurecht setzt sich zusammen aus dem materiellen und formellen öffentlichen Baurecht (3) und bildet als solches das Bauordnungsrecht (4). Das formelle öffentliche Baurecht (5) regelt das Verfahren (Baubewilligungs-, Rechtsmittel- und Einspracheverfahren) und die Organisation der Baubehörde, deren Zuständigkeit und Befugnisse (6). Das materielle öffentliche Baurecht enthält die eigentlichen Einschränkungen der Baufreiheit (7). Es ordnet das ganze Bauwesen aus dem Gesichtswinkel des öffentlichen Interesses. Das öffentliche Interesse wurde ursprünglich durch reine Gefahrenabwehr (8) gewahrt (9). Die Eingriffe in die freie Gestaltungsmacht der Bauwilli-

1) Zum Begriff des öffentlichen Baurechts im Rahmen der kantonalen Baugesetzgebung vgl. Zaugg, S. 23 für Bern, und Zimmerlin, S. 389 für Aargau.

2) Zur Unterscheidung vgl. Liver, S. 13 ff.

3) Vgl. Schürmann, S. 53 ff. bzw. S. 61 ff.

4) Leutenegger I, S. 58

5) Vgl. Leutenegger, Das formelle Baurecht der Schweiz

6) Vgl. Leutenegger I, S. 57 ff.; Hösli, S. 23

7) Vgl. auch Hösli, S. 23; Leutenegger I, S. 58 unten

8) Vgl. auch Jost, S. 67 ff. Die Gefahrenabwehr

9) Zur Wahrung des öffentlichen Interesses durch das öffentliche Baurecht vgl. Huber H., S. 57 f.

gen waren nur polizeilicher Natur (1). Das Baupolizeirecht (2) entwickelte sich mit der Zeit zum Bauplanungsrecht (3), weil immer mehr gestaltende und wohlfahrtspolitische Elemente für die Regelung der Bauordnung bestimmend wurden, ohne jedoch das Baupolizeirecht ganz zu verdrängen (4). Das materielle öffentliche Baurecht richtet sich primär an alle Bauwilligen (5). Diese haben bei der Ausarbeitung und Verwirklichung der Bauvorhaben das materielle öffentliche Baurecht zu beachten. Die Baubehörde (6) überprüft im Baubewilligungsverfahren anhand der geltenden (7) Bauvorschriften die bewilligungspflichtigen Bauprojekte. Diese Verwaltungstätigkeit besteht in der Rechtsanwendung, d.h. die Baubehörde wendet die Baunormen auf das vorgelegte Bauprojekt an.

2. Öffentliches Baurecht und Raumplanung

Das öffentliche Baurecht fasst alle rechtlichen Regelungen zusammen, welche sich auf die Bebauung von Grundstücken beziehen und die verschiedenen Zonen ausscheiden bzw. bezeichnen. Es handelt sich keineswegs um eine einheitliche Materie, geschweige denn, dass es in einem Gesetz einheitlich zusammengefasst wäre (8).

-
- 1) Zum allgemeinen Polizeibegriff vgl. Jost, S. 15 ff.
 - 2) Zum Begriff des Baupolizeirechts vgl. Birchler, S. 39 ff.; Hösli, S. 26 ff.; Scheibler, S. 5 ff.; Schürmann, S. 50 f.; Zum Begriff der Baupolizei vgl. Zaugg, S. 239 ff.
 - 3) Vgl. Häberlin, S. 89 f.; Hösli, S. 35 ff.; Huber H., S. 69 ff.
 - 4) Huber H., S. 69; Vgl. auch Schürmann, S. 58
 - 5) Der Bauwillige darf nicht auf die Nachlässigkeit der Behörde vertrauen, denn durch die Baubewilligung können die zwingenden Bauvorschriften nicht abgeändert werden (Ausnahme bildet die Ausnahmbewilligung). Vgl. auch hinten S. 119 ff.
Auch der Staat hat sich als Bauherr, von Ausnahmen abgesehen, an das öffentliche Baurecht zu halten.
 - 6) Vgl. allgemeine Uebersicht bei Leutenegger I, S. 75 ff.; Die Baubewilligungsinstanzen
 - 7) Zur zeitlichen Rechtsanwendung vgl. Hösli, S. 43 ff. Zum intertemporalen Recht vgl. Diss. Straub Martin: Das intertemporale Recht bei der Baubewilligung
 - 8) Das eidg. Raumplanungsgesetz bringt auch im Baurecht minimale, einheitliche Grundsätze. Vgl. RPG Art. 22 ff.

Das öffentliche Baurecht fällt in den Aufgabenbereich der Kantone und Gemeinden (1). Die Baurechtsvorschriften im engeren Sinne sind in den kantonalen Baugesetzen und den kommunalen Bauordnungen, Bausatzungen oder Baureglementen enthalten. Nebst diesen Baurechtsnormen sind im Baubewilligungsverfahren auch andere Vorschriften zu beachten (2). Dazu zählen eidgenössische (Gewässerschutz-, Landwirtschafts-, Forstpolizei-, Zivilschutz- und Nationalstrassengesetz), kantonale (Feuerpolizei-, Strassenbau-, Forst-, Gewässerschutz- und Natur- und Heimatschutzgesetz) und kommunale (Erschliessungsordnung) baurelevante Vorschriften (3).

Die Raumplanung kann als Gesamtheit der Planungsaufgaben verstanden werden, die der zweckmässigen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung unseres Landes dienen (4). Der Begriff der Raumplanung, von dem die Verfassung ausgeht, kann wie folgt umschrieben werden: "Raumplanung ist die überlegte Vorbereitung von Massnahmen, um einen bestimmten Vorstellungen entsprechenden Zustand des Lebensraums des Menschen und seiner engen Verflechtungen zwischen Gesellschaft, Wirtschaft und physischer Umwelt mit möglichst angemessenem Aufwand zu erreichen, wobei sowohl die Erarbeitung dieser Vorstellungen, als auch die zu ihrer Realisierung notwendigen Massnahmen miterfasst sind" (5). Die Raumplanung ist umfassend (6). Sie konzentriert sich nicht wie das Baurecht vor-

-
- 1) Die Rechtsetzungsbefugnisse der Gemeinden werden durch das kantonale Recht geregelt und sind von Kanton und Kanton sehr unterschiedlich. Vgl. Gisler, S. 115 f. für Basel-Stadt, S. 117 ff. für Basel-Landschaft; Huber H. S. 51; Leutenegger I, S. 63 f.; Betreffend Bundeszuständigkeit vgl. Schürmann, S. 19 ff. und S. 59 f.
 - 2) Das Bauvorhaben muss mit dem gesamten öffentlichen Recht vereinbar sein (Zimmerlin, S. 423). Vgl. auch Zaugg, S. 40
 - 3) Vgl. Aufstellung in VLP, Schriftenfolge Nr. 11, S. 8 ff.; Gisler, S. 70 ff.
 - 4) Dies sind die Ziele, die in BV Art. 22 quater Abs. 1 zum Ausdruck kommen.
 - 5) Werner David, Probleme der Grundsatzgesetzgebung des Bundes auf dem Gebiet der Raumplanung, Diss. Zürich 1975, S. 7
 - 6) Um eine sinnvolle Zoneneinteilung vornehmen zu können, muss der ganze Raum erfasst werden.

wiegend auf den bebaubaren Boden, sondern befasst sich mit allen raumrelevanten Massnahmen. Die Planung beschränkt sich nicht wie das Baurecht auf Gefahrenabwehr, sondern greift positiv in die Gestaltung des Raumes ein (1). Das bereits erwähnte Bauplanungsrecht kann als Raumplanung im Baurecht betrachtet werden und bildet insofern einen Bestandteil des Raumplanungsrechts. Damit entsteht eine Verbindung zwischen öffentlichem Baurecht und Raumplanungsrecht. Während sich das Planungsrecht an alle Planungsorgane richtet, wendet sich das Baurecht an die Bauwilligen und die Baubewilligungsbehörden. Der Zusammenhang zwischen öffentlichen Bauvorschriften und der Planung ergibt sich auch daraus, dass bei Anwendung der Bauvorschriften die Vorschriften über die Planung zu beachten sind (2). In diesem Sinne gelten die Planungsgrundsätze des Bundesgesetzes über die Raumplanung für das ganze Bau- und Planungsrecht (3).

Verschiedene neuere kantonale Baugesetze unterscheiden zwischen öffentlichen Bauvorschriften und Planungsrecht (4). Dies erscheint zweckmässig, weil es die Uebersicht zwischen zwei Teilgebieten mit gemeinsamen Zielsetzungen erleichtern kann.

1) Vgl. Huber, S. 70; Schürmann, S. 17 f.

2) Vgl. auch Zimmerlin, S. 389 f.; Straub, S. 54

3) Vgl. Aemisegger H., in BTJP 1980, S. 87; RPG Art. 3

4) Vgl. Baugesetze der Kantone Zürich, Bern und Aargau

II. BAUBEWILLIGUNGSVERFAHREN

Im Baubewilligungsverfahren, welches den Hauptbestandteil des formellen Baurechts bildet, wird bei allen bewilligungspflichtigen (1) Bauprojekten geprüft, ob die Bestimmungen der baurelevanten Normen eingehalten werden (2). Es handelt sich um ein speziell ausgestaltetes Verwaltungsverfahren, welches in den Kantonen bzw. Gemeinden unterschiedlich geregelt wird (3). Eine Baubewilligungsinstanz (4) vergleicht das eingereichte Baugesuch mit den geltenden Vorschriften (5). Diese Tätigkeit erschöpft sich nicht in mechanischer Uebersetzung, sondern besteht in der Rechtsanwendung mit unterschiedlichem Ermessensspielraum (6). Dadurch erweist sich das Baubewilligungsverfahren als eigentliches Anwendungsgebiet des Bau- und Planungsrechts (7). Die Baubehörde hat das öffentliche Interesse zu wahren (8) und damit auch eine Interessenabwägung vorzunehmen, ohne den Bauwilligen unnötig an der Realisierung seiner Vermögenswerte zu hindern (9). Nach vorgenommener Kontrolle erteilt oder verweigert die Baubewilligungsbehörde die Bewilligung.

-
- 1) Vgl. Leutenegger II, S. 90 ff.; Gisler, S. 182 ff.; VLP Schriftenfolge Nr. 11, S. 11 f. Die Bewilligungspflicht ist bundesrechtlich festgelegt (RPG Art. 22). Betreffend Verfahren bei Werken des Bundes vgl. Kölz A., im ZBl 1977 S. 120
 - 2) Vgl. auch Scolari, S. 213 zu Art. 39 N 3; Zaugg, S. 213; Zimmerlin, S. 413 ff.; Jost, S. 73 ff. allgemein bezüglich Präventivpolizei
 - 3) Vgl. VLP Schriftenfolge Nr. 11, S. 13
 - 4) Vgl. Leutenegger I, S. 75 ff.: Die Baubewilligungsinstanzen
 - 5) Die Zuständigkeit der Bewilligungsbehörde bzw. die Mitwirkung anderer Behörden ist in den Kantonen unterschiedlich. Vgl. beispielsweise Gisler, S. 130 ff. (Basel-Stadt) und S. 140 ff. (Basel-Landschaft)
 - 6) Vgl. Schwere, S. 106 ff.: Die Ermessensfälle im Baubewilligungsverfahren
 - 7) Vgl. auch Straub, S. 55
 - 8) Vgl. auch Birchler, S. 59 f.
 - 9) Die Baufreiheit ist die baurechtliche Eigentumsfreiheit aus BV Art. 22 ter. Vgl. dazu Schürmann, S. 30 f.

III. BAUBEWILLIGUNG

Die Baubewilligung (1) bildet den positiven Abschluss des Baubewilligungsverfahrens (2). Nachdem die Baubewilligungsbehörde das Bauprojekt auf Uebereinstimmung mit den anwendbaren Vorschriften kontrolliert hat, entscheidet sie über das Baugesuch. Der positive Entscheid und die damit verbundene Erteilung der Baubewilligung lassen sich als Verwaltungsakt (3) näher charakterisieren.

1. Rechtsnatur

Die rechtliche Natur, d.h. die durch das Recht verliehene materielle und formelle Ausstattung der Baubewilligung ist vielfältig. Die Baubewilligung wird zu den sogenannten Polizeierlaubnissen (4) gezählt oder als Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt (5) bezeichnet. Als Polizeierlaubnis gilt ein Verwaltungsakt, der auf Gesuch hin eine unter Bewilligungspflicht gestellte Tätigkeit erlaubt, indem er feststellt, dass keine polizeilichen Hindernisse entgegenstehen (6). Zur so verstandenen Polizeierlaubnis darf die Baubewilligung nur gezählt werden, wenn der Polizeibegriff nicht auf Gefahrenabwehr beschränkt bleibt, sondern auch im Sinne einer Wohlfahrtspflege verstanden wird (7). Der Ausdruck "Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbe-

1) Vgl. Schriftenfolge Nr. 11 der Schweiz. Vereinigung für Landesplanung

2) Bezüglich Funktionen und Inhalt der Baubewilligung vgl. Gisler, S. 149 ff. bzw. S. 163 ff.

3) Vgl. auch Hangartner, S. 4 ff.; Schürmann, S. 66

4) Vgl. Gisler, S. 148; Herter, S. 33 "Musserlaubnis"; Hösli, S. 39; Imboden/Rhinow, S. 974 ff. Nr. 132; Jost, S. 76 ff. Die Polizeibewilligung; Schwarzenbach, S. 174; Scolari, S. 214; Straub, S. 55 f.; Zimmerlin, S. 425; ZH BRKE II 47/1979

5) Vgl. Birchler, S. 55 mit Verweisungen; Egger, S. 18; Schwere, S. 54 f.

6) Die Baubewilligung kann kein subjektives öffentliches Recht begründen. Vgl. auch Birchler, S. 52 mit Verweisungen; Häberlin, S. 78; Herter, S. 29; Hösli, S. 40; Jost, S. 77; Schürmann, S. 61 f.

7) Vgl. auch Schwarzenbach, S. 174

halt" betont (zu) stark die formelle Seite des Verwaltungsaktes (1). Dies ergibt sich aus der vorwiegend formellen Bedeutung der Bewilligung. Die Differenzierung wird verdeutlicht am Beispiel, wo ein Bauwilliger sein Bauvorhaben ohne formelle Baubewilligung verwirklicht. Wer vorschriftsgemäss baut, ohne über eine formelle Baubewilligung zu verfügen, verstösst gegen das Verfahrensrecht, ohne dadurch automatisch zur Rückgängigmachung der baulichen Massnahme verpflichtet zu sein (2).

Aus der Rechtsnatur der Baubewilligung ergibt sich der unbestrittene Rechtsanspruch auf Erteilung, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind (3).

2. Definition

Die rechtliche Komplexität der Baubewilligung zeigt sich in der folgenden, allgemein formulierten Definition (4): "Die Baubewilligung ist ein von der zuständigen Behörde erlassener, bedingt einseitiger, materiell deklaratorischer, formell konstitutiver Verwaltungsakt, der von einer formellrechtlichen Beschränkung der Baufreiheit entbindet, ohne primär ein subjektives öffentliches Recht zu begründen und ohne sich um private Rechte zu kümmern. Die Baubewilligung ist überdies ein zeitbezogener und zeitlich begrenzter, sachbezogener, mehrschichtiger, zugleich Entscheid und Verfügung beinhaltender, bezüglich Verwaltung und Gesuchsteller gegenseitig bindender, mit Doppelwirkung: nämlich Gesuchsteller- und Drittwirkung, ausgestatteter Verwaltungsakt."

1) Vgl. auch Häberlin, S. 78 ff.: Die Baubewilligung als formelle Schranke

2) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 980 Nr. 132 und S. 327 Nr. 56; Hatz, S. 80; Schwere, S. 55

3) Vgl. auch stellvertretend für viele, Imboden/Rhinow, S. 980 Nr. 132; Schürmann, S. 62; Scolari, S. 244

4) Leutenegger II, S. 253; vgl. auch Schwere, S. 63; ZH BRKE II 115/1980

§ 4 BAUENTSCHEIDE

I. PRUEFUNGSAKT

Mit der Prüfung des Begehrens tritt das Baubewilligungsverfahren in die entscheidende Phase (1). Die Bewilligungsinstanz kontrolliert aufgrund aller vorgeschriebenen und verfügbaren Entscheidungsgrundlagen und lässt sich dabei von Prüfungskriterien rechtlicher und tatsächlicher Art leiten (2). Zu den Unterlagen gehören insbesondere die vom Gesuchsteller eingereichten Pläne und Angaben, eventuelle Mitberichte von Fach- oder Genehmigungsinstanzen und öffentlichrechtliche Einsprachen. Bei der rechtsanwendenden Prüfung hat die Baubehörde formellrechtliche Grundsätze (3), wie die Rechtsgleichheit, und materiellrechtliche Kriterien (4), beispielsweise die Baureife des Grundstückes, zu beachten.

II. BAUBEHOERDLICHE ENTSCHEIDE

Nach Abschluss der Prüfungsphase fällt die Baubehörde den Entscheid (5). Je nach Art und Inhalt des Gesuches bzw. Ergebnis der Kontrolle erlässt sie einen entsprechenden Verwaltungsakt.

1) Vgl. auch VLP Schriftenfolge Nr. 11, S. 18 ff.

2) Die Bewilligungsinstanz wendet die baurechtliche Normen an, indem sie das konkrete Bauprojekt mit den generell abstrakten Normen vergleicht.

3) Leutenegger II, S. 192 ff.

4) Leutenegger II, S. 232 ff.

5) Vgl. Zaugg, S. 230 ff.; Zimmerlin, S. 422 ff.

Damit ist der Entscheid im materiellen Sinne zu verstehen, welcher schliesslich zur formellen Verfügung führt. Zur Unterscheidung zwischen "Verfügungen" und "Entscheiden" im formellen Sinne vgl. Marti, S. 94

Bezüglich Entscheid der Baubehörde als verwaltungsverbundene Regelung vgl. Gisler, S. 165 ff.

1. Bauentscheide innerhalb des Baubewilligungsverfahrens

a) Erteilung einer Bewilligung

Fällt die rechtsanwendende Kontrolle durch die Baubehörde positiv aus, muss sie das Baubegehren gutheissen (1). Damit soll noch nicht über einen Anspruch auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung oder einer vorbehaltlosen Bewilligung entschieden werden. Beim gutheissenden Entscheid, bei der Erteilung der Bewilligung oder einfach bei der Baubewilligung (2) kann die Verfügung folgende reine oder kombinierte Form aufweisen:

aa) Ordentliche Baubewilligung

Als ordentliche Baubewilligung kann jede Baubewilligung bezeichnet werden, die nicht eine den folgenden Bewilligungsarten eigene Spezialität aufweist (3). Bezüglich näherer Charakterisierung wird auf die Definition in Paragraph 3 III Ziffer 2 verwiesen.

bb) Zusammengesetzte Baubewilligung

Die Baubewilligung als Gesamtentscheid (4) kann sich aus mehreren einzelnen Bewilligungen verschiedener, selbständiger Instanzen zusammensetzen (5).

cc) Vorläufige Bewilligung

Unter bestimmten Voraussetzungen (6) kann die Bewilligungsbehörde den Baubeginn schon vor Beendigung des Verfahrens gestatten (7).

1) Vgl. auch Hatz, S. 79; Zimmerlin, S. 425 f.

2) Der Begriff "Baubewilligung" bedeutet an sich schon Gutheissung und kann der "Bauverweigerung" gegenübergestellt werden. Vgl. auch Gisler, S. 147

3) Vgl. Zaugg, S. 214

4) Gisler, S. 163 ff.; Zimmerlin, S. 426

5) Vgl. Leutenegger II, S. 265 f.

6) Vgl. Leutenegger II, S. 266

7) Vgl. auch Zaugg, S. 55 "provisorische Baubewilligung"

dd) Teilbewilligung

Diese Bewilligung bezieht sich nur auf einen Teil des Projektes bzw. des Baugesuches.

ee) Bewilligung mit Vorbehalten

Diese Bewilligungsart ist ein Mittelding zwischen vorbehaltloser Erteilung und gänzlicher Abweisung des Gesuches. Eine Baubewilligung kann mit Nebenbestimmungen verbunden werden, d.h. sie wird mit sachbezüglichen Vorbehalten belastet. Die wichtigsten Nebenbestimmungen sind die Bedingung und die Auflage, welche in Paragraph 6 noch behandelt werden.

ff) Ausnahmegewilligung

Durch die Statuierung der Ausnahmegewilligung im Gesetz erhält die Baubehörde eine, meistens durch unbestimmte Begriffe umschriebene, gesetzliche Befugnis, in "Ausnahmesituationen" von den ordentlichen Bauvorschriften abzuweichen. Sie ist im Baurecht von besonderer Bedeutung und wird in Paragraph 5 näher erläutert (1).

b) Verweigerung einer Bewilligung

Erfüllt das Bauprojekt nicht die gesetzlichen Voraussetzungen, und bestehen Hindernisse, welche auch durch Ausnahmegewilligung und Nebenbestimmungen nicht kompensiert werden können, muss die Baubehörde die Ausführung verweigern (2).

Von einer "einstweiligen Bauverweigerung" (3) zu sprechen scheint mir überflüssig, wenn diese nicht mit Resolutivwirkung ausgestattet ist. Ob eine spätere Bewilligung in Aussicht gestellt werden kann, muss sich aus einer ausführlichen Begründung ergeben.

1) Vgl. auch Häberlin, S. 82 und S. 205 ff.; Zaugg, S. 193 ff.

2) Vgl. auch Hatz, S. 82

3) Vgl. Leutenegger II, S. 278

2. Bauentscheide ausserhalb des Baubewilligungsverfahrens

a) Vorentscheid

Die Einreichung eines Baugesuches im ordentlichen Bewilligungsverfahren erfordert eine Projektierung, welche bereits mit erheblichen Kosten verbunden ist (1). Oft sind die Bauvorschriften unübersichtlich und in ihrer abstrakten, teilweise unbestimmten Formulierung wenig aussagekräftig. Dieser Umstand kann durch eine unklare Baubewilligungspraxis noch verschärft werden.

In vielen Baugesetzen und Bauordnungen sind vorsondierende Gesuche möglich, um die allgemeinen baurechtlichen Verhältnisse abzuklären (2). Die Verbindlichkeit des, normalerweise vor dem ordentlichen Verfahren, gefällten Vorentscheides ist unterschiedlich (3). Eine beschränkte Verbindlichkeit muss ihm jedenfalls zugestanden werden.

b) Stillschweigender Entscheid

Weniger bedeutende bauliche Massnahmen sind vielfach nicht bewilligungspflichtig, sondern nur anzeigepflichtig (4). Die Bewilligung erfolgt, d.h. der Baukonsens entsteht, durch einen stillschweigenden Verwaltungsakt (5).

c) Ergänzungsentscheid

Mit der Ergänzung werden Bestimmungen hinzugefügt, die bei der Erteilung der Baubewilligung nicht berücksichtigt wurden. Dabei

1) Betreffend Risiko, welches mit einem Baugesuch verbunden ist, vgl. ZBI 1973 S. 452.

2) Vgl. auch Leutenegger II, S. 241 ff.; Schindler R.A., S. 158 f.

3) Leutenegger II, S. 247 f.

4) Vgl. Gisler, S. 264

5) Gisler, S. 171

handelt es sich um geringfügige Zusätze, die in ihrer Wirkung weder den Grad einer Abänderung noch eines Widerrufs erreichen.

d) Abänderungsentscheid

Mit der Abänderung wird die Bewilligung inhaltlich abgeändert, wobei der Entscheid als solcher bestehen bleibt. Die Baubehörde kann die Bewilligung nicht ohne weiteres abändern (1). Es sind ihr Schranken gesetzt, und je nach Zeitpunkt der Abänderung können Entschädigungsansprüche entstehen (2).

e) Widerruf

Verwaltungsakte erwachsen in der Regel nicht in materielle Rechtskraft und sind deshalb grundsätzlich widerrufbar (3). Mit dem Widerruf (4) wird die Baubewilligung rückgängig gemacht (5). Dabei sind vor allem die Grundsätze der Rechtssicherheit und der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen (6). Allgemein gilt folgende Regel: Je schwerer wiegend der Widerrufsgrund ist, desto später kann der Widerruf auch ohne Entschädigung erfolgen. Normalerweise entstehen nach Baubeginn Entschädigungsansprüche (7). Wird der Widerruf als Vorbehalt mit der Baubewilligung verknüpft, kann er als ana-

1) Besteht nachträglich eine wesentliche Polizeigefahr, kann eine Baubewilligung abgeändert werden (ZH VGr 1967 Nr. 62).

2) Vgl. Leutenegger II, S. 330 ff.

3) Zaugg, S. 237; Bezüglich Schranken vgl. Leutenegger II, S. 331 ff.; BGE 103 Ib 208

4) Vgl. dazu Hangartner, S. 13 ff.; Imboden/Rhinow, S. 269 Nr. 45; Saladin, Diss.

5) Bezüglich Voraussetzungen des Widerrufs einer Baubewilligung vgl. BGE 98 Ib 249 f.

6) Vgl. Schürmann, S. 66 f.

7) Unwiderruflichkeit der Bewilligung entsteht, wenn der Empfänger gutgläubig bedeutende Beträge aufgewendet hat, um von ihr Gebrauch zu machen (BGE 94 I 344, 92 I 235). Ausnahmen: 96 I 694, 94 I 344

loger Anwendungsfall der Resolutivbedingung betrachtet werden (1).

Das Hauptinteresse der vorliegenden Arbeit richtet sich auf die Erteilung der Baubewilligung, welche für den Gesuchsteller einen positiven Entscheid darstellt und für künftige Bauentscheide eine konkrete, tatsächliche und rechtliche Vergleichsmöglichkeit schafft.

1) Vgl. Huber H.R., S. 26 und S. 127 f. Der Widerrufsvorbehalt ist eine spezifizierte Resolutivbedingung (Zimmermann, S. 16).

§ 5 AUSNAHMEBEWILLIGUNG

I. BEGRIFF UND RECHTSNATUR

1. Begriff

Die Ausnahmegewilligung ist ein begrifflich leicht erfassbares, in der rechtsanwendenden Praxis aber oft zu Problemen führendes Institut. Die Bewilligungsbehörde (1) erhält damit die Möglichkeit, in konkreten Einzelfällen, im Sinne eines "Notventils" (2), von den grundsätzlich zwingend anwendbaren Vorschriften abzuweichen (3). Sie kann Ausnahmen vom materiellen Baurecht gestatten (4). Mit der Erteilung einer Ausnahmegewilligung erfährt der Gesuchsteller eine gesetzmässige, ausnahmsweise Behandlung. Unter bestimmten Voraussetzungen (5) wird ein Bauwilliger anders behandelt, bzw. sollte gleich behandelt werden wie diejenigen, welche die gleichen Voraussetzungen erfüllen. Aus dem Begriff ergibt sich, dass eine Ausnahmegewilligung nur erteilt werden darf, wenn ein Ausnahmegrund vorliegt und keine öffentlichen oder privaten (6) Interessen entgegen-

1) Die Zuständigkeit, Ausnahmen zu bewilligen, liegt normalerweise für kommunales Recht bei der kommunalen Baubehörde und für kantonales Recht bei der kantonalen Baubehörde. Vgl. Schwere, S. 143 für den Kanton Aargau; AG BauG § 155

Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung kann auch in die Zuständigkeit der kommunalen Behörde fallen und für gewisse Zonen von der Stellungnahme der kantonalen Behörde abhängig gemacht werden. Vgl. z.B. Vvo zu ZG BauG § 5 und EVo ZG zu RPG

2) Herter, S. 63

3) Sie soll "im Einzelfall, unter besonderen Umständen, unangemessene Vorschriften korrigieren" (Häberlin, S. 208). Vgl. auch Zaugg, S. 193 f.; Zimmerlin, S. 436 N1 zu § 155. Zur Hochhausbewilligung als Ausnahmegewilligung vgl. Hatz, S. 96 f.

4) Vgl. Häberlin, S. 82; Hatz, S. 94; Scheibler, S. 34; Schwere, S. 132 f.; Zimmermann, S. 7. Das RPG unterscheidet zwischen Ausnahmen innerhalb (Art. 23) und ausserhalb (Art. 24) der Bauzonen.

5) Vgl. Leutenegger II, S. 293; Schwere, S. 134 ff.

6) Damit sind Interessen Dritter gemeint.

genstehen (1).

Mit der Ausnahmeklausel erhält die Baubehörde ein flexibles Rechtsanwendungsinstrument (2), welches sich aber als "Rasierklinge in Kinderhänden" erweisen kann, wenn es nicht richtig gehandhabt wird (3).

2. Rechtsnatur

Die Rechtsnatur der Ausnahmegewilligung entspricht der ihr immanenten Besonderheiten gegenüber der ordentlichen Baugewilligung. Ihre Besonderheiten liegen vor allem im Ermessen, welches der Baubehörde eingeräumt wird, und in der Charakterisierung als Erlaubnis, welche zwischen gewöhnlicher Baugewilligung und Konzession (4) einzuordnen ist.

Aus der Rechtsnatur ergibt sich schliesslich ein möglicher Anspruch auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung, welcher sich auf abweichende Behandlung beschränkt.

a) Spezialermessen

Die Ausnahmegewilligung stellt ein Abweichen vom gesetzlichen Normalfall im materiellen Baurecht dar (5). Einzelne Baunormen werden auf das vorgelegte Projekt nicht angewandt. Der Gesetzgeber überlässt damit den Baubehörden einen Spielraum, welcher eine flexible, gerechte Rechtsverwirklichung, Rechtskonkretisierung, ermögli-

1) Vgl. auch Zaugg, S. 196 ff.; Schürmann, S. 68 f.

2) Ueber die Notwendigkeit der Ausnahmegewilligung vgl. Gisler, S. 215 f.; Schwere, S. 131

3) Die Nichtanwendung der Ausnahmenormen im Sinne einer restriktiven Auslegung scheint mir eine zu einfache Lösung und kann eine Rechtsverweigerung darstellen.

4) Zur Abgrenzung vgl. hinten II. Ziffer 2

5) Lockerung der Schranken des materiellen Baurechts

chen soll (1). Diese rechtsanwendende Tätigkeit erweist sich in beschränkter Masse als materielle Rechtsetzung oder als gesetzmässige Ermessensbetätigung. Im letzteren Sinne verleiht die Ausnahmeklausel der Baubehörde ein ausdrückliches, gesetzliches Spezialermessen. Als Rechtsfolgeermessen erfolgt die Betätigung im üblichen Rahmen des Verwaltungsermessens (2). Die Besonderheit besteht in der Abweichung vom Normalfall durch Ermessensbetätigung.

Jede Ausnahmegewilligung muss sich auf eine allgemeine Ausnahmeklausel oder bestimmte Ausnahmenvorschrift stützen können (3). Ist dies nicht der Fall, stellt sie eine unzulässige Durchbrechung der geltenden Rechtslage (4), eine Verletzung der Gesetzmässigkeit, dar. Die Ausnahmegewilligung darf nicht zur Gesetzesänderung benutzt werden und ist auch kein Planungsinstrument (5).

b) Besondere Polizeierlaubnis

Auch die Ausnahmegewilligung stellt eine Polizeierlaubnis dar (6). Im Unterschied zur ordentlichen Baugewilligung als gewöhnlicher Polizeierlaubnis wird aber nicht nur das formelle Verbot mit Erlaubnisvorbehalt aufgehoben, sondern auch von den materiellen Bauvorschriften abgewichen (7). Darum handelt es sich um eine besondere

1) Die Erteilung von Ausnahmegewilligungen bildet eines der Hauptanwendungsgebiete des Ermessens der Verwaltungsbehörden (Zimmerlin, S. 436 mit Verweisungen).

Diese Delegation des Gesetzgebers ist notwendig, weil das Baugesetz in seiner rechtlich abstrakten Form der tatsächlich konkreten Vielfalt nicht gerecht werden kann.

2) "Zumessung von Rechtsfolgen im Einzelfalle", Schwarzenbach, S. 63

3) Vgl. auch Leutenegger II, S. 288 mit Verweisungen; Birchler, S. 56; Häberlin, S. 79; Hatz, S. 94; Schwere, S. 133 f.; Zimmermann, S. 3 f.; ZBl 1955 S. 6 f.

4) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 225 Nr. 37

5) Vgl. Häberlin, S. 208 mit Verweisungen; Zaugg, S. 194 mit Verweisungen auf Gerichtspraxis

6) Vgl. Zimmermann, S. 12

7) Vgl. auch Häberlin, S. 82 mit Verweisungen

Polizeierlaubnis (1), welche sich schliesslich auch bezüglich Rechtsanspruch gegenüber der ordentlichen Baubewilligung unterscheidet.

Die Ausnahmegewilligung verleiht wie die ordentliche Baubewilligung keine neuen Rechte; es wird nur durch Lockerung der Schranken dem Einzelfall besser Rechnung getragen (2).

c) Rechtsanspruch

Der Rechtsanspruch stimmt teilweise überein mit dem Anspruch auf Erteilung einer ordentlichen Baubewilligung, weist aber auch konzessionsähnliche Elemente auf. Wenn in Literatur (3) und Rechtsprechung (4) die Auffassung vertreten wird, es bestehe kein Recht auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung, bedürfen diese Feststellungen m.E. einer differenzierten Betrachtung. Stellt ein Bauwilliger ein Gesuch für eine bestimmte Ausnahmegewilligung, hat er keinen Anspruch auf deren Erteilung. Die Art der Ausnahmegewilligung fällt in den Rechtsfolgeermessensspielraum der Baubehörde, welcher ihr vielfach mit einer "Kann-Klausel" eingeräumt wird (5). Diese gesetzlichen "Kann"-Wendungen dürfen nicht ausschlaggebend sein, ob eine Norm zur Anwendung komme oder nicht, sondern geben der Baubehörde die beschränkte Freiheit in der Entscheidung "wie". Dadurch kann der mögliche Eindruck, "die rechtsanwendende Behörde entscheide sozusagen von Fall zu Fall nach Belieben" (6), abge-

1) Die Besonderheit entspricht derjenigen der Ermessensbetätigung.

2) Vgl. hinten II Ziffer 2.

3) Vgl. Birchler, S. 57; Häberlin, S. 206 mit Verweisungen; Hatz, S. 95; Herter, S. 65; Imboden/Rhinow, S. 228 Nr. 37; Leutenegger II, S. 299; Scheibler, S. 34; Schwere, S. 132 f.; Zimmermann, S. 6 ff.

4) BGE 97 I 140; ZH VG in VB 54/1973; AGVE 1966 S. 176

5) Das freie Ermessen der Behörde besteht darin, Art und Weise der Abweichung von der baurechtlichen Ordnung festzulegen, welche erforderlich ist, um die Ausnahmesituation zu bewältigen (Imboden Max, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, 3. Aufl., Basel 1968).

Vgl. auch Imboden/Rhinow, S. 409 Nr. 66; Schwarzenbach, S. 62

6) Gisler, S. 223

schwächt werden. Erfüllt ein Baugesuch, genauer, das Bauprojekt, die objektiven Voraussetzungen (1) der Ausnahmenvorschriften, muss das Gesuch auch "ausnahmsweise" behandelt werden (2). Handelt es sich im konkreten Einzelfall objektiv um "ausserordentliche Verhältnisse" (3), "wichtige Gründe" (4) oder um einen "Härtefall", welche als Rechtsfragen (5) behandelt und überprüft werden, besteht ein Anspruch auf abweichende Behandlung (6). Dass die Auslegung der unbestimmten Gesetzesbegriffe auch mit einem Beurteilungsspielraum (7) verbunden ist, ändert nichts am grundsätzlichen Anspruch (8). Die Beurteilung dieses Anspruches erfolgt gleich wie bei der ordentlichen Baubewilligung durch Beantwortung einer Rechtsfrage. In welchem Umfange vom materiellen Baurecht abgewichen wird, beziehungsweise eine Ausnahmegewilligung erteilt wird, lässt sich aus dem Anspruch auf abweichende Behandlung nicht ableiten. Dafür steht der Baubehörde das bereits erwähnte, spezielle Rechtsfolge-

-
- 1) Weil die Voraussetzungen meist nur unbestimmt umschrieben sind, kann nach strengen Massstäben beurteilt werden, um wirklich nur Ausnahmesituationen gerecht zu werden und der präjudizialen Bedeutung Rechnung zu tragen. Vgl. auch AGVE 1970 S. 158. Die Forderung, Ausnahmen zurückhaltend zu erteilen, findet in der Praxis wenig Gehör (Zaugg, S. 193).
Zur Zurückhaltung in der schwyzerischen Praxis vgl. Birchler, S. 58.
Bezüglich Voraussetzungen zur Gewährung einer Ausnahme gemäss BE BauG Art. 46 Abs. 1 vgl. BVR 1978, S. 26 ff. und 1977, S. 220 ff.
 - 2) Es besteht ein Rechtsanspruch auf Erteilung von Ausnahmegewilligungen, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind (AGVE 1973 S. 216). Heute könne von einem faktischen Recht auf Ausnahmegewilligung gesprochen werden (Zimmermann, S. 8).
 - 3) Vgl. Leutenegger II, S. 293 ff.
 - 4) BE BauG Art. 46 Abs. 1. "Die geforderten wichtigen Gründe müssen sich dabei aus den Besonderheiten der Bauparzelle oder des Bauvorhabens selbst ergeben" (BVR 1978, S. 431).
 - 5) Vgl. Häberlin, S. 205; Imboden/Rhinow, S. 409 Nr. 66; Zaugg, S. 194 f. mit Verweisungen
 - 6) Damit ist eine abweichende Behandlung im materiellen Sinne gemeint.
 - 7) Gisler, S. 219 ff.: Beurteilungsspielraum als Funktion des unbestimmten Rechtsbegriffes
 - 8) Wir können ihn "Anspruch auf Einzelfallgerechtigkeit" nennen, welcher sich direkt aus den Ausnahmenvorschriften ergibt. Letztlich dient er der Gleichbehandlung.

ermessen zu, um einer "individualisierenden Zumessung" gerecht zu werden (1).

Zusammenfassend können wir festhalten, dass sich der Rechtsanspruch bezüglich Ausnahmegewilligung auf die abweichende Behandlung beschränkt und nicht die "Ausstattung" der zu erteilenden Ausnahmegewilligung betrifft. Insofern scheint es mir richtig, einen Anspruch zu verneinen.

Ein Anspruch auf Erteilung einer (bestimmten) Ausnahmegewilligung kann sich aus dem Gleichbehandlungsgebot ergeben (2).

II. ABGRENZUNGEN

1. Ausnahmegewilligung und besondere Bewilligung

Sowohl die Ausnahmegewilligung als auch die besondere Bewilligung unterscheiden sich durch Besonderheiten von der ordentlichen Bauverwilligung. Beide "ausserordentlichen" Bewilligungen können in formeller Hinsicht ein spezielles Gesuch (3) erfordern; in materieller Hinsicht erfahren diese separaten oder integrierten Gesuche eine ihrer Besonderheit entsprechende Behandlung. Die Besonderheiten sind verschieden. Während sie bei der Ausnahmegewilligung materieller Art ist, besteht bei der besonderen Bewilligung eine Besonderheit überwiegend formeller Natur. Die besondere Bewilligung betrifft nur einen Teil des Bauprojekts (4), welcher normalerweise von einer separaten, selbständigen Instanz nach besonderen Vorschriften beurteilt wird (5).

1) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 409 Nr. 66; Zimmerlin, S. 436

2) Vgl. Birchler, S. 57; Häberlin, S. 82; Hatz, S. 96; Leutenegger II, S. 299 f.; Schindler R.A., S. 182; Zimmermann, S. 8

3) Zum Gesuch um besondere Bewilligung vgl. Leutenegger II, S. 128 ff.

4) Z.B. Zufahrt, Wasserversorgung, Zivilschutz usw. vgl. Aufstellung in VLP Schriftenfolge Nr. 11 S. 20

5) Vgl. auch Zaugg, S. 42 Art. 1 N2

Bezüglich Rechtsanspruch stimmt die besondere Bewilligung mit der ordentlichen Baubewilligung überein.

2. Ausnahmbewilligung und Konzession

Die Ausnahmbewilligung und die Konzession sind rechtsgestaltende Verwaltungsakte (1). Beide weisen konstitutive Elemente auf. Der Hauptunterschied besteht im Inhalt der übertragenen Rechte. Während mit der Ausnahmbewilligung dem Gesuchsteller lediglich Rechte eingeräumt werden, welche über den gewöhnlichen, formellen Erlaubnisvorbehalt hinausgehen, begründet die echte Konzession neue Rechte (2). Die Ausnahmbewilligung verleiht im Unterschied zur Konzession keine neuen materiellen Rechte, insbesondere keine wohl-erworbenen Rechte (3). Bei beiden Instituten wird der Behörde ein Ermessensspielraum gewährt. Bei der Erteilung einer Konzession verfügt sie jedoch über ein grösseres Ermessen. Dies äussert sich vor allem im Anspruch. Während bei der Ausnahmbewilligung von einem beschränkten Anspruch gesprochen werden kann, besteht kein Anspruch auf Konzessionserteilung (4). Die Rechtfertigung dieser Unterscheidung kann an einem baurechtlichen Beispiel illustriert werden. Mit der Erteilung einer Ausnahmbewilligung kann der Bauwillige das in seinem Eigentum stehende Grundstück besser nutzen (5). Die materiellrechtlich eingeschränkte Baufreiheit wird um die Ausnahmbewilligung wieder erweitert. Mit der Erteilung einer Sondernutzungskonzession erteilt die Behörde dem Bauwilligen die Be-

1) Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Konzession teilweise vertragsrechtlichen Inhalt aufweisen kann. Vgl. Imboden/Rhinow, S. 282 Nr. 46 IVa "Konzessionsverträge", Bezüglich mitwirkungsbedürftigen Verfügungen vgl. Imboden/Rhinow, S. 216 Nr. 35

2) Imboden/Rhinow, S. 835 Nr. 119

3) Imboden/Rhinow, S. 226 Nr. 37

4) ZBl 1961 S. 344; Bei der Konzession verfügt die Behörde über Entschliessungsermessen.

5) Die Ausnahmbewilligung wirkt stets zugunsten der Baufreiheit. Vgl. Leutenegger II, S. 286 mit Verweisungen.

fugnis, den im öffentlichen Eigentum stehenden Boden in Anspruch zu nehmen. Die sich für die Beurteilung der verschiedenen Gesuche ergebenden Konsequenzen sind einleuchtend. Es muss der Behörde bei der Konzession im Gegensatz zum Entscheid betreffend Ausnahmebewilligung ein grösseres Erteilungsermessen eingeräumt werden. Mit der Konzession wird dem Konzessionär zusätzlicher, fremder Raum überlassen. Mit der Ausnahmebewilligung wird lediglich die Schranke bezüglich Nutzung des eigenen Bodens gelockert.

3. Ausnahmebewilligung und Sonderbauvorschriften

Die Erteilung einer Ausnahmebewilligung beruht auf bestimmten Ausnahmevorschriften oder allgemeinen Dispensklauseln (1), welche der Baubehörde erlauben, von den allgemeinen Vorschriften abzuweichen, und ist als solche vor allem Rechtsanwendung.

Die Sonderbauvorschriften (2) oder Spezialvorschriften (3) sind Gemeindevorschriften, welche sich auf räumliche Teilgebiete beschränken. Damit soll auf dem Weg der Nutzungsplanung eine adäquate Gestaltung bestimmter, abgegrenzter Gebiete ermöglicht werden. Die Sonderbauvorschriften werden - entsprechend dem Zonenplan bei der allgemeinen Bauordnung - durch die graphische Darstellung eines Ueberbauungs- (4), Gestaltungs- (5) oder Bebauungsplanes (6) ergänzt. Im zürcherischen Baurecht unterscheiden sich Sonderbauvorschriften und Gestaltungspläne vor allem bezüglich Verbindlichkeit (7).

1) Die polizeiliche Generalklausel genügt nicht als erforderliche Rechtsgrundlage. Vgl. Leutenegger II, S. 288

2) ZH PBG § 79 ff.; BE BauG Art. 38 ff.; ZG BauG § 35. Vgl. auch Meyer M., S. 85 ff. für die bernischen Gemeinden.

3) AG BauG § 145 Abs. 3

4) BE BauG Art. 38 Abs. 1. Zum Verhältnis zwischen Sonderbauvorschriften und Ueberbauungsplan vgl. Keller S., in BVR 1978 S. 109 f.

5) ZH PBG § 83 ff.; AG BauG § 141 Abs. 3

6) ZG BauG § 35

7) Sonderbauvorschriften beinhalten keinen Zwang, nach ihnen zu bauen (PBG § 81 I). Gestaltungspläne legen bindend fest (PBG § 84 I).

Die aufgrund von Sonderbauvorschriften erteilte Baubewilligung ist abzugrenzen von der eigentlichen Ausnahmegewilligung, weil jene sich auf Spezialnormen, welche den allgemeinen Vorschriften vorgehen, abstützt, während diese von den anwendbaren Normen im Einzelfall abweicht. Sowohl Ausnahmegewilligung als auch Sonderbauvorschrift sind Ausnahmen (1), die eine bezieht sich bei der Rechtsanwendung auf konkrete Einzelobjekte, die andere erfasst durch Rechtsetzung ein räumlich abgegrenztes Gebiet. Die Sonderbauvorschriften werden ihrerseits grundsätzlich als ausnahmegewilligungsfeindlich betrachtet (2). Aber weil sie eigene Zielsetzungen haben, braucht dies nicht immer der Fall zu sein. Auch innerhalb der Sonderbauvorschriften sind Härtefälle denkbar, ohne damit den Sinn dieser Normen unnötig oder fragwürdig erscheinen zu lassen. Ob für solche Ausnahmegewilligungen die Rechtsgrundlage der allgemeinen Bauvorschriften genügt, hängt von der rechtlichen Natur der Sonderbauvorschriften ab. Die Sonderbauvorschriften können die allgemeinen Normen lediglich ergänzen oder teilweise bis ganz ausschliessen.

1) "Als Ausnahmeordnung erscheint sodann das Recht der Sonderbauvorschriften, welche als sog. 'grosse Ausnahme' Abweichungen von der in der baurechtlichen Grundordnung vorgesehenen Bauweise gestattet" (Zaugg, S. 195).

2) Leutenegger II, S. 292

§ 6 BAUBEWILLIGUNG UND BAURECHTLICHE NEBENBESTIMMUNGEN

I. BEWILLIGUNG MIT VORBEHALTEN

Bauentscheide können mit Nebenbestimmungen verknüpft werden (1). Dabei ist ebenfalls der Grundsatz der Gesetzmässigkeit zu beachten (2). Da dieses Erfordernis mit einer allgemeinen Klausel in formeller Hinsicht bereits erfüllt sein kann, muss die Zulässigkeit zusätzlich von materiellen Kriterien abhängig gemacht werden. Die Zulässigkeit muss sich aus dem Sinn des angewandten Rechtssatzes ergeben, und zwischen Hauptanordnung und Nebenbestimmungen muss ein Sachzusammenhang bestehen (3).

Die Baubehörde erhält mit der Befugnis, Bewilligungen mit Nebenbestimmungen zu verknüpfen, einen zusätzlichen Handlungsspielraum, welcher ihr eine zweckmässige, gerechtfertigte Flexibilität gewährt. Durch Nebenbestimmungen kann, insbesondere das von den Bauvorschriften (4) geringfügig (5) abweichende Bauvorhaben, mit den geltenden Baunormen in Übereinstimmung gebracht werden (6). Damit ermöglichen die Nebenbestimmungen im Sinne der Verhältnismäs-

-
- 1) Vgl. Leutenegger II, S. 267 ff.; Gisler, S. 171 ff.; Hösli, S. 62 ff.; Zimmerlin, S. 39 N6 zu § 3, S. 426 N5a zu § 152 für ordentliche Baubewilligung, S. 441 N10 zu § 155 für Ausnahmebewilligung; ZH PBG § 321; ZG EBO § 33
 - 2) Vgl. auch Häberlin, S. 321; Hösli, S. 64 f.; Imboden/Rhinow, S. 233 Nr. 39; Schwere, S. 146; ZH BRKE I 161/1979, III 44/1979, IV 43/1980
 - 3) Vgl. Hösli, S. 62; Huber H.R., S. 90 ff.; Scheibler, S. 38 f.; Schwere, S. 158 ff.; Zimmerlin, S. 39 N6 zu § 3
 - 4) Vgl. auch Hatz, S. 80 ff.
 - 5) Das Dach bildet einen wesentlichen Teil des Bauprojekts, weshalb die Dachform nicht mit einer Auflage verbessert werden kann (ZH VG in VB 16/1980).
 - 6) Eine Auflage ist aber auch dann zulässig, wenn damit der bisherige, polizeiwidrige Zustand verbessert wird, ohne den geltenden Normen vollumfänglich zu genügen (ZBI 1980, S. 130). Damit würde indirekt eine Ausnahmbewilligung erteilt.

sigkeit (1) zugunsten der Baufreiheit entscheiden zu können. Daraus kann sich eine gefährliche Umgehung der Ausnahmegewilligung entwickeln. Keinesfalls darf in Verbindung mit Nebenbestimmungen eine Ausnahme gewährt werden, ohne sie als Ausnahmegewilligung zu bezeichnen, weil vielleicht gar keine besonderen Verhältnisse vorliegen.

Bei der Erteilung einer Ausnahmegewilligung können selbstverständlich auch Vorbehalte angebracht werden (2); unter Umständen (3) drängt sich eine Verknüpfung mit Nebenbestimmungen sogar auf (4).

II. NEBENBESTIMMUNGEN

1. Begriff

Als Nebenbestimmungen werden die von der Baubehörde bei der Erteilung einer Baubewilligung gemachten Vorbehalte bezeichnet. Der Begriff ist insofern irreführend, als er zur Annahme verleiten kann, es handle sich um eine besondere Art gesetzlicher Bestimmungen. Es sind aber Anordnungen, welche die Baubehörde "nebenbei" in die Baubewilligung aufnimmt, respektive mit ihr verknüpft.

Je nach Art des Vorbehalts und Auswirkung auf den Bestand der Bewilligung wird unterschieden zwischen echten und unechten Nebenbestimmungen (5).

1) Vgl. Häberlin, S. 212; Imboden/Rhinow, S. 234 Nr. 39; Schindler R.A., S. 167 ff.; Schwere, S. 144.

Zum allgemeinen Grundsatz vgl. Hotz, S. 11 ff.

Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit darf ein den Vorschriften nicht entsprechendes Bauvorhaben nur abgelehnt werden, wenn die Uebereinstimmung mit der Rechtsordnung nicht mit weniger einschneidenden Massnahmen wie Abänderung des Projekts, mit Bedingungen und Auflagen erreicht werden kann (Zaugg, S. 28; BGE 94 I 495; 93 I 94; 92 I 415).

2) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 228 Nr. 37; Zaugg, S. 196

Teilweise wird für Ausnahmegewilligungen von einer gesetzlichen Grundlage abgesehen. Vgl. Häberlin, S. 214

3) Als solcher Umstand kann beispielsweise die Gleichbehandlung betrachtet werden.

4) Vgl. Scheibler, S. 34

5) Vgl. auch Schwere, S. 145

2. Arten

a) Unechte Nebenbestimmungen

Zu dieser Art zählen beispielsweise Mahnungen, Präzisierungen und Berichtigungen (1). Diese Aufzählung ist nicht abschliessend und kann in der Praxis erweitert werden. Die unechten Nebenbestimmungen sind keine eigentlichen Vorbehalte, sondern Verwaltungsinstrumente, welche die Baubehörde zur hilfreichen Orientierung und Unterstützung der Bauwilligen benutzen soll. In unserem Zusammenhang sind sie nicht von Bedeutung.

b) Echte Nebenbestimmungen

Die echten Nebenbestimmungen sind akzessorische Teilregelungen der Baubewilligung (2). Sie stehen als solche nicht im Vordergrund, sondern sind lediglich Mittel zum Zweck. Dazu zählen vor allem Bedingung, Auflage, Befristung (3) und Revers (4). Aufgrund ihrer grösseren Bedeutung beschränken wir uns auf eine kurze Erläuterung von Bedingung und Auflage.

aa) Bedingung

Mit der Bedingung wird die Rechtswirkung der Baubewilligung von einem künftigen ungewissen Ereignis suspensiv oder resolutiv abhängig gemacht (5). Die Bedingung wird damit zum Erfordernis für die formelle Rechtskraft der Baubewilligung. Die Bedingung muss aus einem im Sachzusammenhang mit der behördlichen Anordnung stehenden öffentlichen Interesse hervorgehen und im Rahmen der mit dem

1) Vgl. Leutenegger II, S. 269 f.; Gisler, S. 179 f.; Schwere, S. 146 ff.

2) Gisler, S. 171

3) Leutenegger II, S. 273; Schwere, S. 158; Zimmerlin, S. 39

4) Leutenegger II, S. 275 ff.; Schürmann, S. 69

5) Vgl. auch Häberlin, S. 212 f.; Hösli, S. 63; Schwere, S. 149 ff.

Gesetz verfolgten Zwecke liegen (1).

Die Bedingung hat den Vorteil für die Baubehörde, dass die Rechtswirkung ohne zusätzlichen Verwaltungsakt eintritt. Bestehen jedoch Zweifel über den Eintritt des erforderlichen Ereignisses, kann daraus eine Rechtsunsicherheit entstehen. Diese Rechtsunsicherheit kann bei der Resolutivbedingung mit dem Widerrufsvorbehalt, als einer formellen Bestätigung oder einer Potestativbedingung, vermieden werden (2).

bb) Auflage

Durch die öffentlichrechtliche Auflage wird die Baubewilligung mit einer Nebenbestimmung verknüpft, welchen den Bauwilligen zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichtet (3). Im Gegensatz zur Bedingung hängt die Rechtskraft der Baubewilligung nicht von der Erfüllung der Auflage ab (4). Die Auflage ist aber erzwingbar. Die Auflage ist die bedeutendste Nebenbestimmung, wenn sie auch nicht immer als solche bezeichnet wird.

Auflage und Bedingung werden in der Praxis oft nicht sauber getrennt. Die begriffliche Verflechtung hängt damit zusammen, dass Auflagen als "Bedingungen" bezeichnet werden und umgekehrt. Für die Unterscheidung ist ausschlaggebend, ob die Nebenbestimmung für die Baubewilligung gültigkeitserforderlich ist bzw. erzwungen werden kann. Wenn vor Baubeginn materiell schwerer wiegende Erfordernisse vom Gesuchsteller zu erfüllen sind, sollte die Baubehörde eine Baubewilligung suspensiv bedingen und nicht nur mit einer Auflage versehen (5).

1) BE VG MBVR 1969 S. 32. Zur Erstellung von Garagen, Parkplätzen und Kinderspielflächen als Baubedingung vgl. Scheibler, S. 59 ff.

2) Vgl. auch Leutenegger II, S. 272 f.

3) Vgl. Gisler, S. 178; Leutenegger II, S. 273 f. mit Verweisungen; Schwere, S. 154 ff.; Zimmerlin, S. 426 f.

4) Vgl. auch Häberlin, S. 213; Hösli, S. 64; Leutenegger II, S. 274

5) Vgl. Gisler, S. 179

§ 7 BAUBEWILLIGUNGSPRAXIS

1. PRAXIS

1. Begriff

Der Ausdruck Praxis stammt aus der griechischen Sprache und bedeutet Ausübung, Anwendung. Er steht damit im Gegensatz zur Theorie.

In der Rechtsanwendung können wir unterscheiden zwischen Rechtsprechungs- und Verwaltungspraxis, in welche die Baubewilligungspraxis fällt.

Die begriffliche Deutung geht in zwei Richtungen. Die erste, naheliegende ist die bereits erwähnte, praktische Anwendung, die Rechtsanwendung; mit einer zweiten Deutung von "Praxis" wird eine regelmässige Tätigkeit verstanden, welche sich zu Gewohnheitsrecht verdichten kann (1). Dieser Begriff im letzteren Sinne ist von Bedeutung und liegt auch unserem Begriff der Baubewilligungspraxis zugrunde. Aus der so verstandenen Baubewilligungspraxis lassen sich für den Bauwilligen, für den Gesuchsteller, praktische Folgerungen ziehen und gewisse Rechtsansprüche ableiten. Bezüglich der Praxis als regelmässiger Rechtsanwendungstätigkeit können wir unterscheiden zwischen einer allgemeinen Praxis (z.B. Problem der Verbindlichkeit von Verwaltungsverordnungen) (2) und der Praxis einer bestimmten Behörde (z.B. Praxis des Bundesgerichts oder einer Baubehörde).

Im Baurecht bezieht sich die Bewilligungspraxis in erster Linie auf die in einem räumlich begrenzten Bereich (z.B. Gemeinde) zuständige Bewilligungsbehörde. So verstehen wir unter Baubewilligungspraxis

1) Eine Verwaltungspraxis bildet erst Gewohnheitsrecht, wenn sie u.a. im Rechtsbewusstsein des Volkes verankert ist. Vgl. Zaugg, S. 27. Vgl. auch BGE 87 I 18

2) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 54 ff. Nr. 9

zunächst die sich durch Verfügungen einer Baubehörde entwickelte Praxis. Je nach zeitlicher und materieller Regelmässigkeit der Präjudizien handelt es sich um eine schwankende oder ständige Praxis. Eine regelmässig schwankende Praxis führt zu einer für den Bauwilligen höchst unbefriedigenden Rechtsunsicherheit.

2. Praxisbereiche

Analog der Rechtsanwendung als solcher lässt sich die Praxis als regelmässige Rechtsanwendung in verschiedene Gruppen unterteilen. Dabei sind hauptsächlich die folgenden, gewillkürten Bereiche zu unterscheiden und zu beachten:

a) Ordentliche Praxis

Als ordentliche Praxis kann jene behördliche Rechtsanwendung bezeichnet werden, welche nicht aufgrund einer Besonderheit (z.B. Ausnahmerecht) zu einer bestimmten Gruppe gezählt wird. Die ordentliche Praxis bewegt sich normalerweise im Rahmen der Gesetzmässigkeit.

In diesem Bereich geht es primär um die Berücksichtigung und Auslegung der allgemeinen Bau- und Planungsnormen sowie um den ordentlichen Ermessensspielraum. Aus der regelmässigen Auslegung und Ermessensbetätigung entwickelt sich eine Praxis im Sinne einer Uebung.

Die Erteilung einer ordentlichen Baubewilligung fällt naturgemäss in den Bereich der ordentlichen Praxis.

b) Ausnahmepraxis

Mit dem Begriff der Ausnahmepraxis meinen wir die Praxis bezüglich des Ausnahmerechts. Entsprechend der Bedeutung der Ausnahmebewilligung im Baurecht ist es hinsichtlich Gleichbehandlung interessant, vor allem die Handhabung der Ausnahmenvorschriften durch die Baubehörden zu verfolgen. Die Zielsetzung einer ausgewogenen Ausnahmebewilligungspraxis (1) stellt die Baubehörde vor Probleme, weil es eine ausgeprägte Frage des Masses ist (2). Die Ausnahmepraxis sollte sich qualitativ, d.h. bezüglich Anforderungen entsprechend den gesetzlichen Voraussetzungen und quantitativ, d.h. bezüglich Anzahl der erteilten Ausnahmebewilligungen, von der ordentlichen Praxis unterscheiden lassen.

Die Ausnahmepraxis muss sich insbesondere dem Zweck des Gesetzes unterordnen (3). Die Zweckbestimmung ihrerseits misst sich an der Wahrung des öffentlichen Interesses. Es handelt sich letztlich um eine Interessenabwägung, eine Wertung von privaten und öffentlichen Interessen.

c) Gesetzwidrige Praxis

Obwohl die Verwaltungstätigkeit an den Grundsatz der Gesetzmässigkeit gebunden ist, kommt es leider vor, dass eine Baubehörde bei der Rechtsanwendung bewusst oder unbewusst vom Gesetz abweicht, ohne eine Ausnahmebewilligung zu erteilen (4). Wenn sich niemand bei der Aufsichtsbehörde beschwert oder ein ordentliches Rechtsmittel ergreift, kann sich daraus eine gesetzwidrige Praxis entwickeln. Im Extremfall kann sich beispielsweise in einer Gemeinde eine unge-

1) Bei einem gänzlichen Verzicht auf Erteilung von Ausnahmebewilligungen kann es sich nur um eine formell, nicht aber materiell ausgewogene Ausnahmebewilligungspraxis handeln.

2) Vgl. auch Gisler, S. 233, Ausnahmebewilligungspraxis im baselstädtischen Baurecht

3) Imboden/Rhinow, S. 227 Nr. 37

4) Dabei werden beispielsweise durch vertragliche Vereinbarungen gesetzwidrige Zugeständnisse gemacht.

setzliche Praxis entwickeln, welche auf ausserrechtlichen Gründen basiert und unabhängig von der Rechtsauffassung ist.

II. PRAXISAENDERUNG

Die Praxis der rechtsanwendenden Behörde kann sich ändern wie das Gesetz durch Rechtsetzung des Gesetzgebers. Die gleichen Gründe und Ueberlegungen, welche schliesslich eine Rechtsänderung bewirken, können auch zu einer Praxisänderung führen (1). Unterschiedlich sind vor allem das Vorgehen und der Aenderungsspielraum, d.h. die Zulässigkeit der Aenderung.

Eine Praxisänderung kann eine Verschärfung (2) oder eine Lockerung der bisherigen Bewilligungspraxis bewirken. Eine Praxisänderung ist unter folgenden Voraussetzungen (3) zulässig und hält damit auch vor der Rechtsgleichheit stand:

1. Die Aenderung muss sich auf ernsthafte, sachliche Gründe stützen können (4).
2. Die neue Praxis muss in grundsätzlicher Art und zeitlich einheitlich eingeführt werden. Sie darf sich weder als opportunistische Abweichung von der bisherigen Praxis erweisen, noch darf die Baubehörde mit einem Bauentscheid einen "Testfall" (5) für eine künftig Praxisänderung kreieren.
3. Mit der Praxisänderung dürfen der Rechtsgrundsatz von Treu und

1) Vgl. auch Dubs Hans, Praxisänderungen, Diss. Basel 1949. Praxisänderungen sind oft Vorläufer von Rechtsänderungen.
2) Eine Verschärfung der Bewilligungspraxis, welche in erster Linie zu Beschwerden Anlass gibt, ist als einschränkende Massnahme zulässig, soweit sie die Voraussetzungen einer gerechtfertigten Praxisänderung erfüllt.
3) Vgl. auch Aufstellung bei Imboden/Rhinow, S. 443 Nr. 72
4) Vgl. BGE 100 Ib 71
5) Imboden/Rhinow, S. 444 Nr. 72

Glauben (1) und das Gebot der Rechtssicherheit (2) nicht verletzt werden.

Eine Praxisänderung im verfahrensrechtlichen Bereich muss zudem mit formellen Mitteln, durch Publikation, angekündigt werden (3).

Praxisänderungen können das Ergebnis von Interessenabwägungen sein, welche auf neuen Erkenntnissen beruhen, oder sind einfach auf veränderte Rechtsauffassung zurückzuführen (4). Da die baubehördliche Praxis gesetzmässig oder rechtswidrig sein kann, besteht auch die Möglichkeit, dass sich die Praxis durch Aenderung zwischen Gesetzmässigkeit und Rechtswidrigkeit hin und herbewegt. Eine gesetzwidrige Praxis kann originär oder durch Praxisänderung entstanden sein. Eine solche Praxisänderung bedeutet Rechtsänderung und ist somit grundsätzlich unzulässig. Anders betrachtet kann die zulässige Praxisänderung als veränderte Rechtsanwendung ebenfalls zulässige Rechtsänderung bedeuten. Dabei gelangen wir wiederum zum Problem der Abgrenzung zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung (5).

III. PRAJUDIZ

1. Begriff

Als Präjudizien können alle rechtsanwendenden Gerichtsurteile und Verwaltungsentscheide bezeichnet werden, die für nachfolgende Urteile und Entscheide wegweisend sein können. In diesem Sinne sind sie "Vorentscheide". Der beurteilte Sachverhalt, entschiedene Fall, wird als Präzedenzfall, vorhergehender Fall, bezeichnet. Für später folgende Entscheide gelten alle früheren als Präjudizien, soweit Ver-

1) Vgl. BGE 56 I 422

2) Vgl. BGE 100 Ib 71

3) Vgl. BGE 101 Ia 371 f.

4) Vgl. auch Zaugg, S. 29 f.

5) Vgl. vorne S. 18 f.

gleiche möglich, d.h. Anknüpfungspunkte vorhanden sind. Ihre Gewichtung ist individuell, ihre objektive Bedeutung ist unterschiedlich.

2. Bedeutung

Bei der Beurteilung eines Falles wird häufig nach einem Vergleichsfall Ausschau gehalten. So verweist beispielsweise das Bundesgericht bei seinen Begründungen oft auf frühere Entscheidungen. Der von einem Verwaltungsakt Betroffene benützt das Präjudiz (1), um seine Erfolgchancen für eine eventuelle Anfechtung abzuschätzen und unter Umständen Ansprüche abzuleiten. Die aufgrund derselben Rechtsnormen oder von derselben Behörde gefällten Entscheide sind in gewisser Beziehung immer hilfreiche Vergleichsfälle.

Die Bedeutung der Präjudizien hängt ab von der Bindung der entscheidenden Behörde an vorhergehende, eigene oder fremde Entscheide. Bei der Erteilung von Bewilligungen ist die präjudizielle Bedeutung grundsätzlich zu beachten (2). Die Art und Weise einer Baubewilligungserteilung wirkt sich auf künftige Baubewilligungen aus.

Der Vorentscheid (3) aufgrund eines vorsondierenden Gesuches kann die eigentliche Baubewilligung nicht präjudizieren (4).

Interessant und von spezieller Bedeutung sind praxisändernde, wegweisende Entscheide. Diese werden denn auch vielfach als klassische Präjudizien verstanden.

Mit Präjudizien werden wir uns im III. Teil noch befassen, weil sie für das Gleichbehandlungsproblem von grosser Bedeutung sind.

1) Vgl. Arioli, S. 103 ff., Die Berufung des Rekurrenten auf Präjudizien

2) Imboden/Rhinow, S. 430 f. Nr. 69

3) Vgl. vorne § 4 Ziffer 2a

4) Vgl. auch ZBl 1946 S. 535. Im Umfang der baubehördlichen Prüfungsmöglichkeit kommt m.E. auch dem Vorentscheid präjudizielle Bedeutung zu.

3. Verbindlichkeit

Die Bedeutung der Präjudizien hängt wie bereits erwähnt von der Bindung der Behörden ab. Mit der Verbindlichkeit steht und fällt der praktische Wert der Präjudizien. Mit anderen Worten stellt sich die Frage, wann welche Behörde an welche Präjudizien wie stark gebunden ist.

Die Verbindlichkeit der Präjudizien ist zu unterscheiden von der Weisungsbefugnis einer Aufsichtsbehörde, welche dadurch unabhängig von Entscheiden verbindliche Weisungen erteilen kann.

Eine Baubehörde ist unter dem Vorbehalt von gerechtfertigten Praxisänderungen an ihre eigenen Präjudizien gebunden. Fremde Präjudizien sind für sie nicht automatisch verbindlich. Obwohl eine formelle Verbindlichkeit fehlt, kann der Einfluss doch spürbar sein. Bundesgerichtliche Präjudizien beispielsweise sind zwar für andere Rechtsmittelinstanzen nicht verbindlich; im allgemeinen wird ihnen aber eine beschränkte Befolgungspflicht zuerkannt (1). Grundsätzlich richtet sich die Verbindlichkeit nach den verschiedenen Rechtskreisen. Dem Bundesgericht, welches die von der Bundesverfassung gewollte Gleichheit auf dem ganzen Gebiet der Schweiz zu wahren hat, kommt dabei eine besondere Bedeutung zu (2). Die Verbindlichkeit der Präjudizien hat einen wesentlichen Einfluss auf die konkrete Gleichbehandlung, weil der Gleichbehandlungsanspruch auf der Präjudizwürdigung basiert (3). Vergleiche können aber möglich sein, obwohl eine Baubehörde nicht an Präjudizien gebunden ist (4).

1) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 134 Nr. 20 und S. 258 Nr. 42

2) Vgl. auch AGVE 1969 S. 139 f., 1974 S. 174, und vorne S. 24 Ziff. 3

3) Vgl. S. 137 ff. und S. 140 ff.

4) Vgl. S. 143

III. T E I L

GLEICHBEHANDLUNG BEI BAUENTSCHEIDEN

§ 8 GLEICHBEHANDLUNG IM BAURECHT

I. GLEICHBEHANDLUNG IM BAU- UND PLANUNGSRECHT

1. Auswirkungen der Planung

Die öffentlichen Bauvorschriften regeln die Realisierung von Bauten und Anlagen vor allem in den dazu vorgesehenen Bauzonen (1) unterschiedlicher Ausnützung (2), Bauweise (3) und Nutzweise (4). Durch die umfassende Raumplanung werden neben andern (5) auch die Bauzonen innerhalb des Siedlungsgebiets ausgeschieden (6). Bauzonen umfassen Land, das sich für die Ueberbauung eignet und weitgehend überbaut ist oder voraussichtlich innert 15 Jahren benötigt und erschlossen wird (7). Die Bauplanung (Zonenordnung) bildet die Grundlage, und die ausgeschiedenen Bauzonen sind das hauptsächliche (8), räumliche Anwendungsgebiet der Bauvorschriften. Damit wirkt sich die Planung direkt auf das engere Baurecht aus (9). Die Bauvorschriften können nur dort zur Anwendung kommen,

-
- 1) Bezüglich Bauzonenarten vgl. ZH PGB § 48; ZG BauG § 20 ff.
 - 2) Die Ausnützung umschreibt den quantitativen Umfang der Grundstücknutzung, ausgedrückt durch Ausnützungs-, Ueberbauungs-, Freiflächen- und Baumassenziffern sowie Bestimmungen über Abstände, Geschoszahl usw. Vgl. ZH PBG § 251; ZG BauG § 17; Schürmann, S. 56 f.; Zimmerlin, S. 399 f.
 - 3) Die Bauweise bestimmt die Gliederung und Anordnung von Bauten und Anlagen (z.B. offene oder geschlossene Bauweise, Dachformen usw.). Vgl. ZH PGB § 252; ZG BauG § 17 Abs. 1 Ziff. 1; Zimmerlin, S. 398
 - 4) Die Vorschriften über die Nutzweise (ZH PBG § 294) bestimmen, welchem Zweck Bauten dienen dürfen oder müssen (PBG § 253). Vgl. auch Zimmerlin, S. 399
 - 5) Vgl. RPG Art. 14 ff.; ZH PBG § 36 ff.
 - 6) Vgl. ZH PBG § 47 Abs. 1
 - 7) Vgl. RPG Art. 15; ZH PGB § 47 Abs. 2
 - 8) Auch in andern Zonen werden standortbedingte Bauten unter besonderen Voraussetzungen zugelassen. Vgl. RPG Art. 24; ZH PBG § 37, § 40, § 65
 - 9) Zum Verhältnis, Öffentliches Baurecht und Raumplanung, vgl. vorne Seite 50 ff.

wo die Planung Bauzonen vorsieht oder in andern Zonen (1) standortbedingte (2) Bauten und Anlagen zulässt. Die Planung ist Raumgestaltung durch Erlass von Planungsmassnahmen und durch Anwendung von Planungsrecht (3). Mit dem eidgenössischen Raumplanungsgesetz (RPG) wird eine Koordination und Vereinheitlichung in den Grundzügen angestrebt. Die kantonalen, regionalen und kommunalen Planungsorgane, welche das Planungsrecht anwenden, haben die bundesrechtlichen Planungsgrundsätze (4) zu beachten.

Bei der Zoneneinteilung muss "unwillkürlich" (5) irgendwo die Grenze gezogen werden (6). Damit sind der planerischen Gleichbehandlung logischerweise Grenzen gesetzt (7); dem Gleichbehandlungsgebot kommt bei Planungsmassnahmen und bei Erlass von zu den Plänen gehörenden Baunormen nur eine abgeschwächte Wirkung zu (8). Damit ergeben sich grundlegende Auswirkungen (Ungleichheiten) der Planung für das Baurecht und den darauf basierenden Bauentscheiden (9).

-
- 1) ZG BauG § 24 Abs. 1, Uebrigtes Gemeindegebiet: "Darin dürfen nur Bauten, die land- und forstwirtschaftlichen Zwecken dienen, bewilligt werden." Vgl. auch ZH PBG § 36 ff.
 - 2) Vgl. Zimmerlin, S. 346 und S. 366
 - 3) Bezüglich Planungsrecht vgl. Schürmann, S. 96 ff. mit Literaturhinweisen.
 - 4) Vgl. RPG Art. 3; dabei handelt es sich um justiziable Rechtssätze.
 - 5) Damit soll auf eine gewisse Antinomie zwischen Bauplanung und Gleichbehandlung hingewiesen werden. Die Grenzziehung muss gezwungenermassen erfolgen; sie darf jedoch nicht willkürlich sein.
 - 6) Vgl. BGE 95 I 550 f.
Die Zuweisung in eine bestimmte Zone müsste sich als "schlecht-hin unhaltbar" erweisen, um die Rechtsgleichheit zu verletzen (ZBI 1976, S. 349).
 - 7) "Ohne über das Gleichbehandlungsgebot hinwegzuschreiten, könnte oft gar nicht geplant werden" (Huber H., S. 63). Vgl. auch Schürmann, S. 46
 - 8) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 431 Nr. 69; Leutenegger II, S. 218; Zimmerlin, S. 11; BGE 103 Ia 257 f. und 508; 102 Ia 252 und 336; 101 Ia 331; 99 Ia 715; 97 I 801; 95 I 550
ZBI 1976, S. 349
 - 9) Die Ausnahmewilligung ausserhalb der Bauzone könnte als Planungsmassnahme im weitesten Sinne verstanden werden, ohne dass dem Gleichbehandlungsgrundsatz nur eine abgeschwächte Wirkung beigemessen würde.

Die Planung ist im Unterschied zum Erlass von Baunormen ein fortlaufender Prozess. Dies bedeutet nicht, dass die Verbindlichkeit eines Zonenplanes in Frage gestellt wäre, sondern nur, dass die Planungstätigkeit auch nach Festlegung eines Planes weitergeht und der geltenden Zonenordnung immer einen Schritt voraus ist. Dadurch werden Entwicklungen aufgezeigt und die nötigen Grundlagen vorbereitet. Die zukunftsorientierte Planung kann von der Baubehörde (1) nicht anstelle geltenden Rechts angewendet werden (2). Sie kann aber, vor allem im Ermessensbereich, als Richtlinie dienen (3). Dies kann auf längere Sicht im Sinne der Gleichbehandlung geschehen, indem vorgezeigte Entwicklungen frühzeitig berücksichtigt werden können und dadurch eine planungsgerechte Baubewilligungspraxis entstehen kann.

2. Abgeschwächte Wirkung des Gleichbehandlungsgebots bei Planungsmassnahmen

Die bereits erwähnte, abgeschwächte Wirkung betrifft Planungsmassnahmen und den Erlass von planbezogenen Baunormen. Letztere Tätigkeit gehört in den Bereich der Rechtsetzung (4), unter welchem Aspekt auch das Gleichbehandlungsproblem zu beurteilen ist (5). Obwohl die Planungsmassnahmen nicht direkt das Thema der vorlie-

1) Zum Begriff der Baubehörde vgl. Gisler, S. 125 f.

2) Vgl. Zimmerlin, S. 299

3) Vgl. auch Imboden/Rhinow, S. 144 Nr. 17

4) Im Planungs- und Baurecht ergeben sich häufig Ungleichheiten, wenn verschärfte Bauvorschriften aufgestellt werden, die nur die Ersteller von Neu- und Umbauten betreffen. Rechtsgleichheit bedeutet nicht, dass alle Eigentümer ihre Grundstücke in gleicher Art und Weise nutzen dürfen (BGE 101 Ia 515).

5) Vgl. vorne S. 18 ff.

Eine angemessene Erhöhung (10%) der Ausnützungsziffern für Arealüberbauungen verstosse nicht gegen die Rechtsgleichheit (ZH VG in ZBI 1975, S. 202 ff.).

genden Arbeit betreffen und die Rechtsnatur des Planes (1) nicht eindeutig geklärt ist, soll auf die abgeschwächte, planerische Gleichbehandlung kurz eingegangen werden, weil die planerische Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse und möglichen Entwicklungen gewisse Gemeinsamkeiten mit der baubehördlichen Beurteilung bei der Erteilung einer Baubewilligung aufweist (2). Schliesslich bildet die Baubewilligung die Realisierung der entsprechenden Planungsmassnahmen und überträgt durch Rechtsanwendung die abgeschwächte Wirkung des Gleichbehandlungsgebots, ohne dadurch automatisch selbst gegen die Gleichbehandlung zu verstossen.

Sowohl die Raumplanung (Art. 22quater) als auch die Gleichbehandlung (Art. 4) sind in unserer Bundesverfassung als staatliche Aufgabe beziehungsweise als Grundrecht verankert. Die beiden auf Verfassungsstufe stehenden Rechtssätze müssen mit ihren unterschiedlichen Zielsetzungen, welche zwangsläufig zu Konflikten führen, in ein bestimmtes Verhältnis zueinander gebracht werden. Die abgeschwächte Wirkung des Gleichbehandlungsgebots ergibt sich aus der Planungstätigkeit als solcher und veranschaulicht auf besondere Art die Relativität der Gleichbehandlung und der Rechtsgleichheit überhaupt.

Planungsmassnahmen verstossen dann nicht gegen das Gleichbehand-

1) Vgl. Balscheit Peter, Die Rechtsnatur des Planes, Diss. Basel 1968; Imboden Max, Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, in: Staat und Recht, Ausgewählte Schriften und Vorträge, Basel/Stuttgart 1971, S. 387 f.; Imboden/Rhinow, S. 61 ff. Nr. 11; Lendi Martin, Planungsrecht und Eigentum, ZSR NF 95 II (1976) S. 110 ff.; Schürmann, S. 108 f.; Zimmerlin Erich, in ZBl 1981, S. 337 ff.; BGE 98 Ia 31, 96 I 712, 94 I 342 f.

2) Im Quartierplanverfahren wird beispielsweise versucht, dass das erfasste Gebiet in einer den örtlichen Verhältnissen und der Bauzone angemessenen Weise überbaut werden kann. Vgl. Vollenweider Walter in ZBGR 1980 Nr. 4 S. 212 ff. Damit können Ausnahmegewilligungen vermieden werden, und innerhalb eines Quartiers entsteht eine Gruppengleichheit.

lungsgebot, wenn sie planerisch folgerichtig sind (1). Planerisch folgerichtig heisst, dass die Massnahme sachlich begründet sein muss und im Zusammenhang mit der raumplanerischen Zielsetzung stehen muss (2). Sachlich begründet ist eine Massnahme, wenn sie, analog dem allgemeinen Erfordernis der Rechtsetzung, gerechtfertigt ist. Dies wiederum ist eine Wertungsfrage, welche durch Interessenabwägung zu beantworten ist. Die planerische Folgerichtigkeit ergibt sich u.a. aus der richtigen Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse, um beispielsweise eine Zoneneinteilung vorzunehmen, und entspricht der richtigen Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse bei der Erteilung einer Baubewilligung. Die planerische Folgerichtigkeit bei Rechtsetzung oder Rechtsanwendung geht der baubehördlichen Gleichbehandlung als überwiegende Rechtsanwendung jedenfalls voran und wirkt sich auf die Bauentscheide aus, ohne jedoch die Gleichbehandlung bei Bauentscheiden als solche zu verunmöglichen oder illusorisch zu machen.

3. Gleichmässige Anwendung der Baunormen im allgemeinen

Die abgeschwächte Wirkung des Gleichbehandlungsgebots ist in den planbezogenen Baunormen enthalten. Die rechtliche Wirkung der abgeschwächten Gleichbehandlung tritt gemeinsam mit der Rechtskraft der Baunormen ein. Die faktische Wirkung entfaltet sich erst durch die Anwendung der entsprechenden Baunormen im Zusammenhang mit einem Baugesuch. Diese Auswirkungen haben jedoch keinen direkten Einfluss auf das Gleichbehandlungsproblem bei der Anwendung der Baunormen als Rechtsanwendung. Innerhalb der rechtsanwendenden

1) "Eine Verletzung der Rechtsgleichheit ist nur dann anzunehmen, wenn sich die Zuweisung eines Grundstücks an eine bestimmte Zone beim Vergleich mit anders eingezonten Grundstücken als schlechthin unhaltbar erweist" (BGE in ZBl 1976 S. 349). Die Unhaltbarkeit als qualifizierter Verstoß deutet auf die bundesgerichtliche Willkürbeschränkung hin.

2) Vgl. auch BGE in BVR 1978 S. 87 f.

Tätigkeit der Baubehörde muss die Gleichbehandlung gewährleistet sein. Das Gleichbehandlungsgebot verlangt von der Baubehörde, dass sie die baurelevanten Normen stets gleichmässig anwendet (1). Die Gleichmässigkeit liegt allgemein ausgedrückt in der regelmässigen richtigen Anwendung der Bauvorschriften (2). Die Auslegung, welche nicht nur ein einziges Ergebnis zuzulassen braucht, und die Ermessensbetätigung sollen unter den gleichen Voraussetzungen zum selben Resultat (Erteilung oder Verweigerung der Baubewilligung) führen. Es geht damit um mehr als nur die Einhaltung der Gesetzmässigkeit, welche einen formellen Rahmen bildet (3). Die Gleichbehandlung muss innerhalb und ausserhalb der Gesetzmässigkeit sichergestellt sein. Dies geschieht durch einheitliche, gleichmässige Anwendung der Baunormen, welche ihrerseits gesetzmässig oder gesetzwidrig sein können.

Die Gleichbehandlungsprobleme der rechtsanwendenden Baubehörde sind grundsätzlich die gleichen wie bei der Rechtsanwendung im allgemeinen, aber die Komplexität erschwert eine Gleichbehandlung, wie kaum in einem andern Rechtsgebiet.

Die Gleichmässigkeit muss als Leitstern die materielle Behandlung beeinflussen und sich folgerichtig durch deren Resultat, den Bauentscheid, ausdrücken.

1) Vgl. ZBI 1963 S. 439

2) Vgl. auch Hotz, S. 64

3) Die Beachtung des Gleichbehandlungsgebots wäre zumindest theoretisch auch ohne Baunormen und den daran bindenden Grundsatz der Gesetzmässigkeit möglich. In der heutigen Zeit wäre dies jedoch kaum denkbar, obwohl die steigende Normenflut auch Lücken entstehen lässt.

II. GLEICHBEHANDLUNG IM BAUBEWILLIGUNGSVERFAHREN

1. Die formelle Funktion des Gleichbehandlungsgebots

Das Baubewilligungsverfahren ist ein besonderes Verwaltungsverfahren zur Beurteilung von Baugesuchen und übernimmt damit eine formelle Funktion, welche ein Minimum an Regelmässigkeit gewährleisten soll. Dadurch wird zumindest in formeller Beziehung auch eine Gleichbehandlung angestrebt.

Das Gleichbehandlungsgebot als Grundprinzip der Rechtsverwirklichung hat seinerseits eine zunächst formelle Funktion im Baubewilligungsverfahren (1). Die Baubehörde wird verpflichtet, alle Baugesuche verfahrensrechtlich und materiellrechtlich gleich zu behandeln. Die formelle Funktion des Gleichbehandlungsgebots soll aber nicht mit formeller Gleichbehandlung gleichgesetzt werden. Es wird damit eine Pflicht der Baubehörde formuliert. Dieser Pflicht entspricht hauptsächlich ein formalisiertes Verfahren, welches einen verfassungskonformen Verfahrensgang ermöglicht (2).

2. Die materielle Funktion des Gleichbehandlungsgebots

Nebst der formellen Funktion hat das Gleichbehandlungsgebot im Baubewilligungsverfahren eine materielle Funktion zu übernehmen. Diese materielle Funktion basiert letztlich auf dem Gerechtigkeitsgedanken und soll für die Baubehörde tätigkeitsbestimmend sein. Der Gleichbehandlungsgrundsatz spielt für die baubehördliche, rechtsanwendende Tätigkeit eine wichtige Rolle. Dadurch soll das Verhalten der Baubehörde beim Beurteilen und Entscheiden während dem ganzen Baubewilligungsverfahren beeinflusst werden. Die Sachverhaltsermittlung und eventuelle Vor-, Zwischen- oder Teilentscheide

1) Vgl. Gisler, S. 17 ff.

2) Vgl. Gisler, S. 33

müssen vor dem Gleichbehandlungsgrundsatz standhalten (1). Ebenso darf der verfahrensabschliessende Bauentscheid als solcher nicht gegen die Gleichbehandlung verstossen (2). Im Unterschied zur formellen Funktion, welche die Pflicht als solche statuiert, geht es bei der materiellen Funktion um den Inhalt dieser Pflicht, welche der Baubehörde auferlegt wird.

3. Die öffentlichrechtliche Einsprache mit Gleichbehandlungsfunktion

Im Baubewilligungsverfahren und durch den abschliessenden Bauentscheid darf der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt werden. Das formalisierte Verfahren, welches bestmögliche Gewähr für einen verfassungskonformen Verfahrensgang bietet (3), und der Gleichbehandlungsgrundsatz weisen eine Wechselwirkung auf. Das Verfahren soll eine Gleichbehandlung ermöglichen oder erleichtern, und der Gleichbehandlungsgrundsatz wirkt auf die rechtsanwendende Tätigkeit innerhalb des Verfahrens, welches zu einem gleichbehandelnden Bauentscheid führen soll.

Das öffentlichrechtliche Einspracheverfahren (4) als Verfahren innerhalb des Baubewilligungsverfahrens kann indirekt eine Gleichbehandlungsfunktion übernehmen. Mit der öffentlichrechtlichen Baueinsprache erhält ein oft normativ bestimmter Kreis Dritter (5) während

1) Vgl. Gisler, S. 16

2) Vgl. Gisler, S. 16 und ausführlicher hinten S. 126 ff.

3) Vgl. Gisler, S. 33

4) Die meisten Kantone kennen dieses Verfahren. Vgl. z.B. Birchler, S. 133 ff. Der Kanton Zürich kennt keine öffentlichrechtliche Einsprache. Vgl. ZH PBG § 315 f. Nachbarliche Ansprüche sind mit dem Rekurs geltend zu machen.

Vgl. auch Gisler, S. 282 ff.; Schürmann, S. 65 f.; Zimmerlin, S. 45 ff.

5) Oft ist die Einsprache Voraussetzung zur Rechtsmittellegitimation. Vgl. Leutenegger II, S. 384 ff.; Birchler, S. 175 f.; Gisler, S. 283 Anm. 3

der festgelegten Auflagezeit die Möglichkeit, rechtliche und tatsächliche Einwendungen zu machen gegen einen bevorstehenden Bauentscheid (1). Einsprecher ist stets ein anderer als der Baugesuchsteller. Damit kann auf nachbarliche und allgemeine Interessen aufmerksam gemacht werden (2). Die Einsprache wirkt präventiv (3). Sie kann wesentlich zum Willensbildungsprozess der Baubehörde beitragen und einen ungleichbehandelnden Bauentscheid möglicherweise noch in der Entstehungsphase verhindern (4) oder korrigieren. Ein angeblicher Mangel (Einsprachegrund) des Bauprojekts kann aber auch mit der Erteilung einer Ausnahmegewilligung sanktioniert werden.

Die öffentlichrechtliche Einsprache hat eine Gleichbehandlungsfunktion, indem die Baubehörde auf Aspekte aus der Sicht von Aussenstehenden aufmerksam gemacht werden kann.

1) Im Sinne der Gleichbehandlungsfunktion sollte der Kreis der Einspracheberechtigten nicht zu stark eingeschränkt werden, und die entsprechenden Vorschriften sind weit auszulegen. Vgl. auch Gisler, S. 284

2) Die Publizität erscheint als geeignetes Hilfsmittel für die Gleichbehandlung. Unter diesem Gesichtspunkt wäre auch eine obligatorische Bekanntgabe der Einreichung eines Baugesuchs an Nachbarn anstossender Grundstücke wünschenswert. In einigen Kantonen wurde dies realisiert. Vgl. Leutenegger II, S. 147 f. und S. 475

Vgl. auch Gisler, S. 273 ff.: Die Publikation

3) Vgl. Hatz, S. 54 ff.: Die Baueinsprache als präventives Rechtsmittel.

4) Vgl. auch Zimmerlin, S. 423

III. GLEICHBEHANDLUNG BEIM BAUENTSCHEID

1. Gleichmässige Bauentscheide

Der Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt von der Baubehörde, dass sie alle Bauwilligen (1) im Baubewilligungsverfahren und durch den abschliessenden Bauentscheid gleich behandelt (2). Dies bedeutet, dass der Regelungsakt (3) selbst, sei es als Bauverweigerung oder als Baubewilligung mit Nebenbestimmungen, den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzen darf (4). Entscheidet die Baubehörde im Rahmen der Gesetzmässigkeit, bewegt sie sich innerhalb jenes Bereiches, welcher generell auf Gleichbehandlung ausgerichtet ist, sie aber nicht in genügender Differenzierung garantiert. Die Gleichbehandlung besteht noch nicht bei Gleichheit gegenüber dem Gesetz, sondern verlangt gleiche Behandlung der verschiedenen Bauwilligen unter gleichen Voraussetzungen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt demnach von der Baubehörde mehr als nur gesetzmässige Bauentscheide. Er verpflichtet sie zu gleichmässigen Bauentscheiden, welche eine gleichmässige Praxis (5) bilden sollen. Die Baubehörde kann dieser Pflicht nachkommen, indem sie bei ihrer sachverhalts-ermittelnden und baunormenanwendenden Tätigkeit während des gan-

1) Auch das Gemeinwesen als Bauherr ist gleich zu behandeln, sobald es privatrechtlich tätig wird.

2) Vgl. auch Leutenegger II, S. 217

3) Vgl. Gisler, S. 6

4) Vgl. Gisler, S. 16

Nur wenn der Bauentscheid als Ergebnis der baubehördlichen Prüfung den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt, ist dessen Aufhebung durch die Aufsichtsbehörde gerechtfertigt. Vgl. betr. Willkür BGE 96 I 549

5) Für eine gleichmässige und einheitliche Praxis können beispielsweise Richtlinien sorgen, welche als verwaltungsinterne Weisungen die rechtsanwendenden Baubehörden binden und leicht veränderten Verhältnissen angepasst werden können.

Vgl. auch Aemisegger H., in BTJP 1980 S. 94 f. betr. Planungsgrundsätzen des Bundes

zen Baubewilligungsverfahren der Gleichmässigkeit (1) in formeller und materieller Beziehung besondere Beachtung schenkt. Ein in jeder Hinsicht gleichmässiges Verfahren führt schliesslich zu gleichmässigen Bauentscheiden, weil ungleichbehandelnde Bauentscheide ihre Fehlerquellen logischerweise innerhalb des Baubewilligungsverfahrens haben.

Die Gleichmässigkeit tritt natürlich erst dann in Erscheinung, wenn bereits in einem vergleichbaren Fall ein Bauentscheid gefällt wurde. Bei einem ersten Bauentscheid kann die konkrete Gleichbehandlung nicht überprüft werden, weil ein konkreter Vergleich nicht möglich ist und die konkrete Gleichbehandlung auf einer Präjudizwürdigung beruht. Die Gleichbehandlung bleibt in einem solchen Fall abstrakt im Sinne der Gesetzmässigkeit oder abstrakten Gleichbehandlung. Für alle spätern, vergleichbaren Bauentscheide kann dann unter gleichen Voraussetzungen eine konkrete Gleichbehandlung innerhalb und bei gesetzwidriger Praxis u.U. sogar ausserhalb der Gesetzmässigkeit gefordert werden. Darum erhalten Baubewilligungen eine präjudizielle Bedeutung, welche für die Beurteilung der Gleichmässigkeit als Ausgangspunkt betrachtet werden kann.

2. Individualität der Baugesuche

Die Baubehörde hat die von den Bauwilligen eingereichten Baugesuche einzeln zu prüfen und schliesslich einen Bauentscheid zu fällen. Die Bauprojekte müssen die Bauvorschriften einhalten (2), um die baubehördliche Prüfung zu bestehen.

Die Bauwilligen versuchen, im gesetzlichen Rahmen ihre kreativen

-
- 1) Die Gleichmässigkeit verlangt regelmässig den gleichen Massstab. Konkreter ist die Forderung nach Gleichmässigkeit beim Strassenbau, wo die Grundeigentümer auf beiden Strassenseiten gleichmässig belastet werden sollen. Vgl. dazu ZH RB 1974 Nr. 71
 - 2) Dazu zählt auch die Lösung der Abwasserfrage. Vgl. BGE 92 I 516

Ideen zu verwirklichen. Bei der Projektierung möchte der Bauwillige den Interpretationsspielraum der Baunormen bereits zu seinen Gunsten nutzen. Diese oft einseitige Betrachtung des Bauwilligen kann von der Auffassung der Baubehörde, welche nach möglichst objektiven Kriterien zu urteilen hat, abweichen. Nebst dieser Projektierungsvielfalt tritt diejenige der tatsächlichen, topographischen Verhältnisse innerhalb der einzelnen Parzellen, trotz planerischer Zoneneinteilung, in Erscheinung.

Alle individuellen und oft komplexen Baugesuche sollte die Baubehörde gleichmässig beurteilen und darüber gleichmässig entscheiden. Die individuell konkreten Bauprojekte müssen anhand generell abstrakter Baunormen gemessen werden. Dies ist zwangsläufig mit Wertungsfragen verbunden, wobei sich die Schwierigkeiten aus der Individualität der Baugesuche einerseits und aus der Formulierung der Baunormen andererseits ergeben.

3. Vergleichskriterien der einzelnen Phasen der rechtsanwendenden Tätigkeit der Baubehörde

Wenn wir von Gleichbehandlung beim Bauentscheid sprechen, meinen wir letztlich die Behandlung durch den abschliessenden Bauentscheid als Ergebnis der Kontrolle. Gleichbehandlung setzt Gleichheit (1) voraus, in diesem Fall Gleichheit der Ergebnisse. Das Ergebnis entsteht durch Ermittlung des Sachverhalts, Anwendung des entsprechenden baurechtlichen Tatbestandes (Subsumtion) und schliesslich durch das Ziehen des folgerichtigen Schlusses. Um zu gleichen Ergebnissen zu gelangen, müssen auch die einzelnen Schritte, welche mit ihren Teilentscheiden (2) den Willensbildungsprozess bis zum

-
- 1) Die für die Gleichheit vorausgesetzte Verschiedenartigkeit ergibt sich aus der besprochenen Individualität der Bauprojekte.
 - 2) Dabei handelt es sich nicht um Teilentscheide im formellen Sinne, welche anfechtbar sind.

Bauentscheid begleiten, Gleichheiten aufweisen. Da wir uns nicht mit der Feststellung der Gleichheit oder Ungleichheit der Ergebnisse zufrieden geben können, sondern den Ursprung der schliesslich resultierenden, unzulässigen Gleich- oder Ungleichbehandlung erforschen wollen, suchen wir nach Vergleichskriterien und möglichen, wertungsbedingten Behandlungsfehlerquellen. Letztere werden aufgrund ihrer grösseren Bedeutung separat in Paragraph 10 behandelt. Die materiellen Vergleichskriterien können entsprechend den angeführten Schritten unterteilt werden.

a) Sachverhaltsermittlung

Die Ermittlung stützt sich auf das konkrete Grundstück, das eingereichte Baubewilligungsgesuch, welches u.a. eine Beschreibung des Bauvorhabens enthält, und das Planmaterial.

Die ganze Sachverhaltsermittlung ist mehrheitlich wertungsunabhängig. Es geht um die richtige Erfassung und Feststellung der tatsächlichen Verhältnisse. Falsche Feststellungen können sich vor allem aus nachlässigem oder unfachmännischem Lesen der Pläne ergeben. Dabei bedarf es gewisser bautechnischer Kenntnisse und eines entsprechenden Vorstellungsvermögens. In diesem Bereich können relativ leicht Vergleiche angestellt werden. Schwieriger sind die daraus zu ziehenden Schlüsse bezüglich Gleichheit oder Ungleichheit, weil die Anknüpfung durch die Relativität beeinflusst wird.

b) Subsumtion

Der ermittelte Sachverhalt muss unter die entsprechenden Baunormen geordnet werden. Mit dieser Unterordnung verbindet sich automatisch die Auslegung (Sinnggebung) der anzuwendenden Baunormen. Diese Baunormen bilden hier das hauptsächlichste Vergleichskriterium, wobei damit über die Wertung noch wenig ausgesagt ist. Innerhalb der tatbestandsmässigen Kriterien können wir zwischen

exakten und wertungsbedürftigen unterscheiden. Zur ersten Gruppe zählen insbesondere Angaben bezüglich Ausnützung, Abstände, Höhen, Längen, Geschosszahl usw. Zu den wertungsbedürftigen Kriterien zählen Begriffe wie öffentliches Interesse, gute Gesamtwirkung, in die Umgebung einordnen, unzumutbare Härte, bessere Lösung usw. oder ganz allgemein die unbestimmten Gesetzesbegriffe. Dabei handelt es sich um relative Begriffe, welche den Vergleich erschweren. Durch die gestalterischen Momente beispielsweise wird das Bauprojekt in einen grössern Rahmen gestellt und nicht nur das einzelne Objekt betrachtet. Dies bedeutet, dass nicht nur auf die Gleichheit der Gebäude abgestellt werden kann, sondern auch die Gegend, das Quartier, in welchem sie stehen bzw. entstehen sollen, berücksichtigt werden muss (1).

c) Rechtsfolgeschluss

Nach erfolgter Sachverhaltsermittlung und rechtsanwendendem Vergleich mit den anwendbaren Baunormen hat die Baubehörde den entsprechenden Schluss zu ziehen und die Rechtsfolge zu bestimmen. Diese Rechtsfolge kann für den Bauwilligen eine Bauverweigerung oder eine Baubewilligung mit oder ohne Nebenbestimmungen bedeuten. Dieser Entscheidungsvorgang ist weder ein mechanischer noch ein mathematischer, sondern eine wertungsbedingte Schlussfolgerung, soweit es nicht um Ueberprüfung mathematischer Grössen (z.B. Grenzabstand) geht. Dies erschwert den Vergleich, weil es äusserst schwierig ist, hier auf konkrete Vergleichskriterien abzustellen. In diesem Bereich lassen sich Vergleiche nur mittels Begründungen, welche die Ueberlegungen der Baubehörde konkretisieren, anstellen. Diese Möglichkeit steht normalerweise nur den Baubehörden offen.

Diese Vergleichskriterien können sowohl der Baubehörde als auch dem Beschwerdeführer dienen. Der Baubehörde können sie dienen,

1) Vgl. BGE in AGVE 1953 S. 277

indem sie ihr Entscheidungshilfen bieten, welche schliesslich im Sinne der Gleichbehandlung eine gleichmässige Baubewilligungspraxis ermöglichen. Dabei besteht jedoch eine gewisse Gefahr. Stützt sich eine Baubehörde bei ihren Entscheiden zu stark, formell, auf Vergleichsfälle, ohne zu versuchen, dem Einzelfall gerecht zu werden, beschränkt sie sich auf formelle Gleichbehandlung. Diese Vergleichsmöglichkeiten dürfen nicht mehr als Hilfsmittel bei der Entscheidungsfindung sein. Die Baubehörde muss immer versuchen, eine dem Einzelfall gerechte Lösung zu treffen und so eine adäquate Behandlung, eine relative, materielle Gleichbehandlung, zu gewährleisten. Damit wird die Baubehörde gezwungen, ihre unterschiedlichen, aber angeblich gleichmässigen, gleichbehandelnden Bauentscheide zu begründen (1). Dem Bauwilligen können oder besser gesagt könnten diese Vergleichskriterien bei der Beurteilung des ihn betreffenden Bauentscheides behilflich sein. Er könnte die Erfolgsaussichten einer eventuellen Anfechtung besser abschätzen und mögliche Anträge besser begründen. Meistens verfügt der Bauwillige nicht über genügend Vergleichsunterlagen und muss sich vorwiegend an den äusseren Erscheinungen bestehender Bauten orientieren. Dies kann ihn auch zum voreiligen Schluss verleiten, er sei ungleich behandelt worden.

1) Meistens beschränkt sich die Begründungspflicht, ausser bei Ausnahmebewilligungen, auf das Rechtsmittelverfahren. Klare Begründungen könnten in manchen Fällen ein Beschwerdeverfahren ersparen oder zumindest beschleunigen.

4. Gleiche Bauentscheide unter gleichen Voraussetzungen

Gemäss der allgemeinen Formel (1) sind gleiche Baugesuche nach Massgabe ihrer Gleichheit gleich, ungleiche Baugesuche nach Massgabe ihrer Ungleichheit ungleich zu behandeln. Bezüglich der allgemeinen Ausführungen wird auf den I. Teil verwiesen.

Die Grundvoraussetzungen für die mögliche Gleichheit zweier Bauprojekte sind gegeben, wenn sie verschieden und vergleichbar sind. Verschieden sind sie immer mindestens bezüglich der Lage des Baugrundes. Auch bezüglich Vergleichbarkeit ist man versucht, spontan zu sagen, dass doch letztlich alle Bauprojekte irgendwie vergleichbar sind. Vergleichbarkeit kommt zwei oder mehreren Bauprojekten dann zu, wenn sie mindestens etwas Gemeinsames haben. Welche Anforderungen stellen wir nun an dieses "etwas"? Wir könnten uns mit allgemeinen Eigenschaften begnügen oder zusätzlich besondere Merkmale fordern. Die Vergleichbarkeit erfordert nicht jene Eigenschaften, welche bereits Gleichheitseigenschaften sind, sondern begnügt sich mit der Bildung der Voraussetzung. Den fließenden Uebergang illustrieren folgende Beispiele: Versuchen wir ein Schulhaus mit einem Auto zu vergleichen, stellen wir klar fest, dass sie nicht vergleichbar sind, weil sie keinen gemeinsamen Bezugspunkt aufweisen. Vergleichen wir ein Gebäude mit einem Sportplatz, können wir sie unter dem Begriff der baulichen Massnahme zusammenfassen. Vergleichen wir zwei Gebäude, welche beide Hochbaukonstruktionen sind, können wir sie an diesem Kriterium messen. Vergleichen wir zwei Wohnbauten, welche sich in der Wohnzone mit gleicher zulässiger Geschosshöhe befinden und die gleiche Ausnutzungsziffer aufweisen, sind diese nicht nur vergleichbar, sondern hinsichtlich Zone, Geschosshöhe und Ausnutzungsziffer gleich und entsprechend gleich zu behandeln.

Gebäude sind grundsätzlich vergleichbar; in der Gebäudeeigenschaft

1) Vgl. vorne S. 33 ff.

liegt das genügende Gemeinsame (1), woran ein Vergleich vorgenommen werden kann.

Es ist falsch zu sagen, es könne "nur Gleiches mit Gleichem verglichen werden" (2). Nur Vergleichbares kann verglichen werden, und Gleiches muss entsprechend gleich behandelt werden. Muss eine Beschwerde betreffend Ungleichbehandlung abgewiesen werden, mangelt es meistens an den Voraussetzungen (3) (Gleichheit) und nicht an der Vergleichbarkeit (4).

Da es sich unter Berücksichtigung der Relativität der Gleichheit immer nur um teilweise Übereinstimmung der Bauprojekte handelt, hängt die Behandlung von der **relevanten** Gleichheit oder Ungleichheit ab (5). Die Baubehörde hat auf die für den Bauentscheid massgebenden Gleich- oder Ungleichheiten abzustellen. Geht es um das Orts- und Landschaftsbild, sind gestalterische Momente wie Dach, Farbe, Fassadengestaltung, Grösse des Objekts und überhaupt alle äussern Erscheinungen massgebend, und nicht beispielsweise die Ausnützungsziffer als solche.

Bei den Voraussetzungen ist zu unterscheiden zwischen rechtlichen und tatsächlichen. Zu den rechtlichen Voraussetzungen zählen vor allem die Rechtsgrundlagen. Jeder Bauentscheid beruht auf den im Moment der Entscheidung geltenden, anwendbaren Vorschriften (6). Eine neue Bauordnung, welche eine materielle Rechtsänderung bewirkt, zieht einen Schlussstrich unter die in Anwendung des alten Rechts erfolgten Bauentscheide. Vergleiche sind nur noch beschränkt

1) Vgl. vorne S. 36 f. "tertium comparationis"

2) ZG RRB v. 25.10.77

3) Beim Vergleich zweier Bauentscheide ist auf die jeweiligen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt der Entscheidung abzustellen. Dies ändert nichts an der Vergleichbarkeit, aber erschwert die Vergleichsmöglichkeit.

4) "Vergleichbare Verhältnisse" (BGE 93 I 260) rechtfertigen noch keine Gleichbehandlung.

5) Vgl. BGE 96 I 17

6) Die rechtlichen Voraussetzungen ändern sich, wenn zwischen zwei Bauentscheiden ein Zonenplan aufgestellt wird. Vgl. BGE 96 I 376

möglich. Auch neu hinzutretende, baurelevante Vorschriften (1) können die Bauentscheidpraxis beeinflussen und verändern. Damit kann sich die Konstellation der Rechtsgrundlagen so ändern, dass eine andere Behandlung trotz gleicher tatsächlicher Verhältnisse gerechtfertigt ist. Eine solche Aenderung kann beispielsweise auf eine veränderte Baulinie zurückzuführen sein. Zu den tatsächlichen Voraussetzungen zählen primär alle mit dem Bauprojekt verbundenen tatsächlichen Verhältnisse (2), wo die Relativität der Gleichheit von Bedeutung ist. Dazu kann auch eine verkehrstechnische Verbesserung zählen (3). Gleiche Voraussetzungen hinsichtlich Ausnützung bestehen grundsätzlich innerhalb der verschiedenen Bauzonen (4). Ungleiche Voraussetzungen (5) ergeben sich oft aus der unterschiedlichen Gestaltung in den einzelnen Zonen und Quartieren. Der anfechtende Bauwillige muss bezüglich der für eine Bauverweigerung letztlich entscheidenden Voraussetzungen konkrete Vergleichsentscheide vorbringen, um sich erfolgreich auf konkrete Gleichbehandlung berufen zu können, weil sich die Rechtsmittelinstanz sonst mit der Ueberprüfung der abstrakten Gleichbehandlung begnügt.

-
- 1) Z.B. Eidgenössisches Gewässerschutzgesetz (GSchG) vom 8.10.71. Die Gewässerschutzbewilligung, welche sich von der Baubewilligung unterscheidet, weil sie eine Voraussetzung bildet, ist zu erteilen, wenn aus der Sicht des Gewässerschutzes dem Bauprojekt keine Hindernisse entgegenstehen. Vgl. Meyer Max, in MBVR 1974, S. 438 ff. Daraus ergibt sich ein raumplanerischer Effekt. Vgl. Gisler, S. 74 mit Verweisungen.
Erhöhte Anforderungen des Gewässerschutzgesetzes wirken sich automatisch auf die Bauentscheide aus. Vgl. auch RPG Art. 38
 - 2) Tatsächliche Verhältnisse, welche sich in einem wesentlichen Punkt unterscheiden, dürfen rechtlich verschieden behandelt werden (BGE 91 I 170). Der Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtet jedoch die Baubehörde, ungleiche Bauprojekte ungleich zu behandeln und überlässt es nicht ihrem Belieben. Vgl. auch BGE 99 Ia 471
 - 3) Vgl. BGE 89 I 20
 - 4) Dies kann zu einer blossen Gruppengleichheit führen. Vgl. auch Huber H., S. 63
 - 5) Beim Baugesuch betreffend einen Anbau einerseits und ein Einfamilienhaus andererseits sind die Voraussetzungen bezüglich Beurteilung der Erschliessung ungleich. Vgl. ZH BRKE IV Nr. 37 v. 31.7.80; ähnlich ZG RRB v. 27.7.71

§ 9 BEHANDLUNGSMÖGLICHKEITEN DURCH BAUENTSCHEID

Durch den Bauentscheid als Verwaltungsakt schliesst die Baubehörde das Baubewilligungsverfahren ab und teilt dem Bauwilligen das Ergebnis der rechtsanwendenden Kontrolle in Form einer Verfügung mit. Der Erlass dieser Verfügung ist ein auf den Bauwilligen gerichtetes Verhalten, mit dem er eine hoheitliche Behandlung erfährt. Diese kann im Vergleich zu andern Bauentscheiden in zulässiger oder unzulässiger Weise gleich oder ungleich sein. Beim gleichbehandelnden Bauentscheid wird vergleichsweise an die teilweise vorhandenen Gleichheiten angeknüpft und die Ergebnisse sind entsprechend teilweise gleich. Damit steht aber noch nicht fest, ob der Gleichbehandlungsgrundsatz eingehalten oder verletzt wurde, weil immer Gleichheiten und Ungleichheiten vorhanden sind. Entscheidend ist die richtige Anknüpfung. Waren die Gleichheiten tatsächlich vorhanden und wurde gerechtfertigterweise an diese angeknüpft, erweist sich diese Behandlung als angemessen. In diesem Sinne ist die objektiv richtige Behandlung nicht nur zulässig, sondern erscheint als geboten, d.h. die Baubehörde ist dazu verpflichtet. Diese Ausführungen gelten analog für den ungleichbehandelnden Bauentscheid.

Im folgenden sollen anhand einiger Beispiele die verschiedenen Behandlungen etwas veranschaulicht werden. Dabei kann nur auf einzelne, erwähnte Vergleiche hingewiesen werden, welche es nicht erlauben, den gesamten Entscheid zu beurteilen.

I. UNGLEICHBEHANDLUNG

1. Zulässige, gerechtfertigte Ungleichbehandlung

- In Zonen geringer Empfindlichkeit können landwirtschaftliche Bauten zugelassen werden, nichtlandwirtschaftliche Bauten verweigert werden (1). Soweit sich die Empfindlichkeit auf das gestalterische Moment bezieht, bedarf es m.E. zusätzlicher Anforderungen, weil landwirtschaftliche Bauten nicht allgemein eine gute Eingliederung in die Landschaft gewährleisten, sondern nur eine geringe Ueberbauungsdichte bewirken können (2).
- Zwei gleichartige Gebäude in Quartieren von unterschiedlichem Charakter sind ungleich zu behandeln (3). Der Quartiercharakter ist bei der Gestaltung zu berücksichtigen.
- Bauentscheide, welche aufgrund neuer Bestimmungen gefällt werden, können von Bauentscheiden unter altem Recht abweichen (4). Dies ergibt sich primär aus der Gesetzmässigkeit. Stimmen die anwendbaren Baunormen ihrem Wortlaut nach überein oder liegt jedenfalls keine materielle Rechtsänderung vor (5), darf nicht nur auf die formelle Rechtsänderung verwiesen werden, sondern es muss sich um eine gerechtfertigte Praxisänderung handeln.
- Die Bauverweigerung eines privaten Bootshauses stellt im Gegensatz zur Bewilligung von Fischerhäusern gewerblicher Berufsfischer keine unzulässige Ungleichbehandlung dar (6).

1) Vgl. ZBI 1950 S. 316, 1957 S. 464, 1959 S. 107; BGE 94 I 59

2) Vgl. ZBI 1972 S. 7

3) Vgl. BGE in AGVE 1953 S. 277

4) Vgl. BGE 99 Ia 472; ZBI 1948 S. 328, 1969 S. 46 f.; ZG RRB v. 14.7.70 betr. Gebäudehöhe.

Im Baurecht ist anerkannt, dass eine neue Ordnung auf einen Sachverhalt angewendet werden darf, auch wenn sie erst während eines Beschwerdeverfahrens in Kraft tritt (BGE 97 I 792). Ferner BGE 99 Ia 122

5) Vgl. BGE 96 I 371

6) Vgl. MBVR 1970 S. 344

- Die Voraussetzungen für eine Gleichbehandlung sind nicht gegeben, wenn das eine Grundstück in der Bauzone liegt, wo der Anschluss an das gemeindliche Kanalisationsnetz vorgeschrieben ist, das andere jedoch zum "übrigen Gemeindegebiet" (1) gehört (2), wo, ausser landwirtschaftlich bedingten, keine Wohnbauten mit abflusslosen Jauchegruben bewilligt werden.
- Wenn die Gebäude zweier Firmen durch Brand zerstört werden und der einen Firma die blosse Wiederherstellung bewilligt, der andern Firma ein Erweiterungsbau verweigert wird, kann sich letztere nicht auf unzulässige Ungleichbehandlung berufen (3).
- Im Zusammenhang mit dem massgeblichen Waldabstand kommt es darauf an, ob es sich bei der projektierten Baute um einen bewohnten Bauteil oder um einen Werkzeug- und Holzschuppen handelt (4). Ob eine solche Unterscheidung gerechtfertigt ist, hängt vom Zweck des Waldabstandes ab. Je nach der Formulierung in der anwendbaren Baunorm stellt sich die Frage der Gleichstellung bei Rechtsetzung oder der Gleichbehandlung bei Rechtsanwendung.
- Bei einem Neubau in der Beschränkungszone und bei einem Umbau eines älteren Hauses in der Schutz- bzw. Bauverbotszone liegen nicht die gleichen Verhältnisse vor (5).

1) ZG BauG § 24

2) ZG RRB v. 8.8.72

Vgl. auch BGE 99 Ia 337, 92 I 510

3) ZG RRB v. 4.5.70

4) BGE 99 Ia 472

5) ZG RRB v. 17.11.70

2. Unzulässige, ungerechtfertigte Ungleichbehandlung

- Wenn die Bewilligung für einen neuen Dachaufbau verweigert wird, sollte m.E. auch die Erweiterung einer bereits bestehenden Lukarne im selben Quartier nicht bewilligt werden (1).
- Bei zwei vom selben Bebauungsplan betroffenen Nachbargrundstücken darf nicht nur auf dem einen ein Zwischentrakt zu Gewerbezwecken bewilligt werden, während ein solcher auf dem andern verweigert wird (2).
- Es stellt m.E. eine unzulässige Ungleichbehandlung dar, wenn die Baubehörde in einem gleichgelagerten Fall versucht, eine mögliche, "nachträgliche Zweckänderung durch Verweigerung der Bewilligung im vorneherein zu unterbinden" (3). Schliesslich könnte auch bei jedem Wohnbau durch nachträgliche Zweckänderung gewisser Räume die Ausnützungsziffer überschritten werden. Trotzdem dürfen solche mögliche Missbräuche nicht durch Bauverweigerungen verhindert werden.

II. GLEICHBEHANDLUNG

Bei den erwähnten Beispielen bezüglich Ungleichbehandlung kann für die Gleichbehandlung der Umkehrschluss gezogen werden. Erweist sich eine Ungleichbehandlung als unzulässig, erscheint automatisch eine Gleichbehandlung als geboten. Unter ungleichen Voraussetzungen muss eine Ungleichbehandlung erfolgen, eine Gleichbehandlung wäre unzulässig.

1) Gegenteilige Auffassung in ZG RRB v. 8.2.72

2) ZG RRB v. 3.11.70

Ein Bebauungsplan ermöglicht eine Gruppengleichheit.

3) Gegenteilige Auffassung in ZG RRB v. 14.8.72

§ 10 ANWENDUNGSGEBIET DES GLEICHBEHANDLUNGSGEBOTS BEIM BAUENTSCHEID (MÖGLICHE FEHLERQUELLEN)

I. AUSLEGUNG DER BAUNORMEN IM ALLGEMEINEN

Bei der rechtsanwendenden Kontrolle der Baugesuche hat die Baubehörde die generell abstrakt und oft, bewusst oder unbewusst, ungenau formulierten Baunormen auszulegen. Dadurch soll der Sinn des unklaren oder klaren Wortlauts der Baunormen ermittelt werden. Die rechtsanwendende Tätigkeit der Baubehörde besteht vorwiegend in der Auslegung der Baunormen (1). Wir wollen in diesem Zusammenhang nicht auf die einzelnen Auslegungsmethoden und Auslegungselemente eingehen (2). Wir beschränken uns auf die Betrachtung unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung (3). Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Gesetzeswortlaut (4). Wir beginnen mit dem klar erscheinenden Wortlaut. Auch dieser ist auslegungsbedürftig, soweit er Ausdrücke enthält, die nicht völlig eindeutig oder missverständlich sind (5). Ist der Wortlaut unmissverständlich und eindeutig, so bleibt er massgeblich (6). Damit wäre bei strikter Beachtung der Gesetzmässigkeit auch die Einhaltung des Gleichbehand-

1) Vgl. auch Zimmerlin, S. 19 ff.

2) Vgl. dazu Ammann, S. 6 ff., S. 13 ff. und insbesondere S. 48 ff.; Meyer-Hayoz A., Berner Kommentar zum ZGB Bd. I, Bern 1962, Art. 1 ZGB; Zimmerlin, S. 20 ff. N 25

3) Selbstverständlich müssen bei der Bauentscheidfindung auch andere allgemeine Rechtsgrundsätze, z.B. die Verhältnismässigkeit, beachtet werden, welche den Gleichbehandlungsanspruch u.U. abschwächen oder verdrängen.

4) So unterscheiden sich die beiden Begriffe "Verunstaltung" und "gute Eingliederung", welche in der Anwendung denselben Zweck verfolgen, nicht nur durch positive und negative Umschreibung. Bei jenem muss ein Gegensatz zum bisherigen Baucharakter bestehen; bei diesem könnte eine objektiv schlechte Einordnung, ohne gegensätzlich zu wirken, eine Bauverweigerung rechtfertigen.

5) Vgl. BGE 87 I 15

6) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 137 Nr. 21

lungsgrundsatzes nicht gefährdet. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf die rechtsanwendende Behörde vom klaren Gesetzeswortlaut ohne Verletzung von Art. 4 BV nur dann abweichen, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt (1). Ein solcher Grund kann sich u.a. aus dem Erfordernis der verfassungskonformen Auslegung ergeben (2). Aus dem Gebot der verfassungskonformen Auslegung (3) seinerseits ergibt sich u.a., dass Verwaltungsrechtssätze so auszulegen sind, wie sie der Rechtsgleichheit am besten entsprechen (4). Ziel der Auslegung ist es, den (wahren) Sinn einer Norm zu ermitteln (5). Ziel des Wortlauts ist es, den Sinn einer Norm zu vermitteln. Somit wäre der vom Bundesgericht gemeinte Wortlaut wohl grammatikalisch klar, jedoch zu wenig klar für die rechtsanwendende Baubehörde, welche den Sinn der Norm wahrzunehmen hat. Denn eine Baubehörde, welche sich über den objektiv klar wahrnehmbaren Sinn einer Norm hinwegsetzt, verletzt den Grundsatz der Gesetzmässigkeit und handelt möglicherweise willkürlich. Der grammatikalisch klare Wortlaut einer Norm, welcher eindeutig nicht oder nicht mehr den Sinn einer Norm wiedergibt, bedarf einer neuen Formulierung durch den Gesetzgeber, wenn er klar (bestimmt) sein soll (6). In diesem Sinne kann der "klare Gesetzeswortlaut", von welchem gemäss Bundesgericht unter bestimmten Voraussetzungen abgewichen werden darf, als "unklar" bezeichnet werden, weil er nur scheinbar klar ist und den

1) Vgl. BGE 101 Ia 207 betreffend willkürliche Auslegung des Betriebsbegriffs im Baugesetz des Kantons Basel-Landschaft.

2) Vgl. BGE 103 Ia 480, 99 Ia 169 mit Verweisungen; Imboden/Rhinow, S. 137 ff. Nr. 21

3) Vgl. Ammann, S. 68 ff.

4) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 155 Nr. 24

5) Die Auslegung hat den Sinn einer Norm zu ermitteln, wie er sich aus ihrem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergibt (BGE 101 Ia 320). Dieser Entscheid betrifft die Gültigkeitsdauer einer erteilten Baubewilligung.

6) Ein Rechtssatz, welcher infolge veränderter Verhältnisse nicht verfassungskonform, gleichbehandelnd ausgelegt werden kann, ist verfassungswidrig.

Sinn der Norm nicht direkt vermittelt. Damit wäre er normal auslegungsbedürftig.

Die Unzulänglichkeit unserer Sprache stellt uns sowohl bei Rechtsetzung als auch bei Rechtsanwendung im besondern oft vor Probleme. Diese müssen letztlich durch Auslegung, welche nicht am starren Wortlaut zu haften braucht (1), gelöst werden. Daraus entstehen "Ausnahmesituationen" (2), weil die Allgemeinheit der Baunormen keine Gleichbehandlung der Bauwilligen gewährleisten kann.

Für die Beachtung der Gleichbehandlung wäre es scheinbar am einfachsten, wenn sich die rechtsanwendende Baubehörde auf durchwegs klare, bestimmte Baunormen abstützen könnte. Dies ist jedoch im mannigfaltigen Baurecht (3) nur teilweise möglich (4) und beschränkt wünschenswert, weil damit der Einzelfallgerechtigkeit zu wenig Rechnung getragen werden könnte und somit die materielle Gleichbehandlung nicht realisiert werden könnte. Wir könnten daraus sogar den Schluss ziehen: Je klarer (eingeschränkter) der Wortlaut einer Baunorm ist, umso formeller ist die Gleichbehandlung. Diese Feststellung gilt nur für jenen Bereich, wo die Baubehörde notwendigerweise auf einen Beurteilungs- oder Ermessensspielraum angewiesen ist (5).

1) Vgl. Zimmerlin, S. 20 N 24

2) Imboden/Rhinow, S. 431 Nr. 69: "Nur in irregulären Situationen vermag das Gleichheitsgebot in der rechtssatzbezogenen Administration eine Wirkung zu entfalten, die nicht bereits im Grundsatz gesetzmässiger Verwaltung eingeschlossen ist."

3) Vgl. Zimmerlin, S. 22 N 26

4) Möglich ist es überall, wo Masse (Grenzabstände, Gebäudehöhe usw.) überprüft werden müssen.

5) Einen Rechtsanwendungsspielraum benötigt die Baubehörde allgemein dort, wo die örtlichen Verhältnisse zu berücksichtigen sind. Dies gilt speziell für Fragen der Aesthetik, Verkehrssicherheit und des Zonencharakters. Vgl. auch ZH VG in VB 38/1978 mit Verweisungen; ZH RB 1971 Nr. 19

Die auslegende Baubehörde hat bei der erstmaligen Anwendung einer Baunorm bezüglich Rechtsgleichheit primär die Gesetzmässigkeit im Sinne der abstrakten Gleichbehandlung zu beachten; insofern stimmen die Anforderungen von Gleichheits- und Legalitätsprinzip überein (1). Dieser erste Bauentscheid hat eine präjudizielle Bedeutung für die sich entwickelnde Praxis. Bei unklarem Wortlaut, besonders bei unbestimmten Gesetzesbegriffen, kann die Auslegung zu mehreren, zulässigen Ergebnissen führen (2). Das Bundesgericht hat seine frühere Theorie der einzig richtigen Auslegung (3) aufgegeben durch Anerkennung sogenannter Beurteilungsspielräume (4). Führt die Auslegung einer Baunorm zu mehreren, gleichwertigen Ergebnissen und wurde in Anwendung derselben Norm unter gleichen Voraussetzungen bereits ein Bauentscheid gefällt, muss die Baubehörde das gleiche Auslegungsergebnis anwenden. Tut sie dies nicht, verletzt sie die konkrete Gleichbehandlung. In diesem Sinne ist die Baubehörde verpflichtet, eine gleichbehandelnde Auslegung (5) zu wählen, sofern sie ihre Abweichung nicht rechtfertigen kann.

1) Vgl. Nef, SJK Nr. 546 Ziffer 6

2) "Es handelt sich dabei,, um eine ästhetische Frage, über die man in guten Treuen verschiedener Meinung sein kann, ..." (BGE 97 I 141).

3) Vgl. BGE 95 I 40, 91 I 75

4) Vgl. BGE 98 Ib 216, 422 und 435, 96 I 373

5) Vgl. auch BGE 82 I 106 f.

II. AUSLEGUNG UNBESTIMMTER GESETZESBEGRIFFE

In den Baurechtsnormen befinden sich, meist auf der Tatbestandsseite (1), viele "unbestimmte Gesetzesbegriffe", welche den Baubehörden einen Beurteilungsspielraum schaffen (2). Dieser Spielraum ist für die Baubehörde vielfach erforderlich, um der baurechtlichen Vielfalt gerecht zu werden (3). Die unbestimmten Gesetzesbegriffe sind ein Hauptbetätigungsfeld der **auslegenden** Baubehörde (4). Die Auslegung (5) dieser Begriffe bedarf subtiler Differenzierung und Würdigung der örtlichen Verhältnisse (6).

Mit den folgenden Ausführungen soll versucht werden zu erläutern, ob und welche Grundsätze bei der Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung zu beachten sind.

Bevor wir uns mit dem Hauptproblem befassen, wollen wir noch kurz einige Ueberlegungen zum Verhältnis zwischen Ermessen und unbestimmten Begriffen anstellen (7). Ueber eine Trennung der Auslegung unbestimmter Begriffe von der Ermessensbetätigung gehen die Auffas-

-
- 1) Vgl. Schwere, S. 107 mit Verweisungen
 - 2) Der Gesetzgeber will nicht und kann nicht alle Tatbestandselemente genau umschreiben. Vgl. Zimmerlin, S. 29 N 39. "Der Beurteilungsspielraum ist eine Funktion des unbestimmten Rechtsbegriffes" (Gisler, S. 219).
 - 3) Ohne Typenbegriffe mit nicht genau angebbaren, sondern "fließenden" Merkmalen kommt das Verwaltungsrecht noch weniger aus als das Zivilrecht, (Zimmerlin, S. 29).
 - 4) Der unbestimmte Gesetzesbegriff "gewinnt seinen Inhalt aus Sinn und Zweck der betreffenden Vorschrift sowie aus deren Stellung im Gesetz und im Rechtssystem" (BGE 98 Ib 467, 96 I 373, 93 I 6) oder m.a.W. durch Auslegung.
 - 5) Zur Interessenabwägung als Mittel der Auslegung vgl. Müller Georg, in ZBl 1972 S. 345 f.
 - 6) Es liegt in der Natur des unbestimmten Gesetzesbegriffes der "befriedigenden Gesamtwirkung" (ZH PBG § 238), dass bei seiner Auslegung in besonderem Masse die örtlichen Verhältnisse zu würdigen sind (ZH VG in VB 38/1978 mit Verweisungen).
 - 7) Vgl. dazu Ammann, S. 43 f. im Zusammenhang mit der Ueberprüfungsbefugnis des Bundesgerichts; Imboden/Rhinow, S. 398 ff. Nr. 66; Zimmerlin, S. 27 ff.

sungen auseinander (1). Ob eine theoretische Trennung sinnvoll sei und wo diese möglicherweise vorgenommen werden soll, darüber kann man mit guten Gründen geteilter Meinung sein (2). Eine Einheitlichkeit der Problemstellung ist jedenfalls zu bejahen (3). Die Frage muss aber spätestens im Zusammenhang mit der Ueberprüfungsbefugnis (4) beantwortet werden (5), obwohl das Problem nicht vorwiegend verfahrensrechtlicher Art ist. Eine theoretische Konstruktion einer möglichen Trennung, welche nichts über den Umfang des Spielraumes aussagt (6), hilft zumindest bei der Entscheidung im Einzelfall und erscheint besonders beim Ausnahmerecht (7), wo sich eine Praxis gebildet hat, sinnvoll. Der Uebergang zwischen Ermessens- und Beurteilungsspielraum ist analog der "Trennung" zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung fliessend (8). Die Grenzfälle (9) müssen im Einzelfall entschieden werden, weil der Umfang der Delegation ebenfalls durch Auslegung zu ermitteln ist.

Im Zusammenhang mit der vorliegenden Arbeit ist die Trennung insofern von Bedeutung, als mit der Möglichkeit der Nachprüfung der

-
- 1) Befürwortend: Imboden/Rhinow, S. 404 ff. Nr. 66, BGE 96 I 373, 95 I 40, 94 I 135, 91 I 75. Ablehnend: Zimmerlin, S. 30. Vgl. auch Rhinow, S. 58 ff.
 - 2) Vgl. Ehmke, S. 23 ff., welcher zwischen Handlungs- und Sachentscheidungsnormen unterscheidet.
 - 3) Vgl. auch Ehmke, S. 32; Eggenschwiler Ernst, in ZBJV, 1966, S. 185 f.
 - 4) Vgl. in diesem Zusammenhang: Eggenschwiler Ernst, Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in ZBJV, 1966, S. 180 ff.
 - 5) Beim Rechtsschutz wird allgemein die Anwendung eines unbestimmten Gesetzesbegriffes als Beantwortung einer Rechtsfrage qualifiziert und damit überprüfbar. Vgl. Imboden/Rhinow, S. 404 ff. Nr. 66 mit Verweisungen.
 - 6) Sowohl Umfang als auch Abgrenzung ergeben sich aus der in der Norm selbst enthaltenen "Delegation" von Entscheidungsbefugnissen. Vgl. Imboden/Rhinow, S. 407 Nr. 66; Schwere, S. 108
 - 7) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 228 Nr. 37 mit Verweisungen; Zimmerlin, S. 438 f.; vorne S. 62 ff. und hinten S. 119 Ziffer IV
 - 8) Die Rechtsfrage lässt sich nicht scharf von der Ermessensfrage trennen (BGE 99 Ia 150, 98 Ib 89, 96 I 259).
 - 9) Ein Grenzfall liegt beispielsweise vor bei Würdigung örtlicher Verhältnisse. Vgl. BGE 96 I 373

Auslegung der unbestimmten Gesetzesbegriffe durch verwaltungsgerichtliche Rechtsmittelinstanzen einer Gefahr der Ungleichbehandlung begegnet werden kann (1). Bei der Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe geht es grundsätzlich um die Beantwortung einer Rechtsfrage. Art und Umfang des Spielraumes der rechtsanwendenden Baubehörde müssen sich aus dem kantonalen Baurecht ergeben (2). Der nicht oder beschränkt überprüfbare Spielraum in den kommunalen Bauordnungen ist Ausdruck der Gemeindeautonomie, welche von der relativ erheblichen Entscheidungsfreiheit abhängt. Die Gemeindeautonomie ist eine Institution des kantonalen Rechts (3).

Unbestimmte Gesetzesbegriffe können sich sowohl auf der Tatbestandsseite als auch auf der Rechtsfolgeseite befinden (4). Dieser Umstand könnte zur Kritik Anlass geben, es sei unbillig, die Möglichkeit der Ueberprüfung von der "Zufälligkeit" abhängig zu machen, ob sich ein unbestimmter Begriff auf der Tatbestandsseite oder auf der Rechtsfolgeseite befinde (5). Die Funktion ist jedoch unterschiedlich. Auf der Tatbestandsseite ist er Bestandteil der Rechtsfrage (Tatbestandsmerkmal), und auf der Rechtsfolgeseite bedeutet er Richtlinie für die Ermessensbetätigung. Fraglich ist hingegen, ob der Gesetzgeber dieser Unterscheidung Beachtung schenkt.

Jeder Rechtssatz besteht aus einem Voraussetzungssatz (Tatbestand) und einem Folgesatz (Rechtsfolge). Sind die Tatbestandsmerkmale einer Norm nicht vollständig bestimmt, handelt es sich um einen

1) Vgl. auch Gisler, S. 220

2) Die kantonalen Baunormen delegieren an die Baubehörden unterschiedliche Erkenntnisbefugnisse. Ein Spielraum ist vor allem bei der Würdigung örtlicher Verhältnisse, mit welchen die kommunale Baubehörde vertraut ist, notwendig und sinnvoll.

3) Soweit es um die Anwendung von Bundesrecht geht und der Vollzug Sache der Kantone ist (vgl. z.B. GSchG Art. 5), kann der Kanton nicht mehr Autonomie delegieren als ihm selber zusteht. Vgl. BGE 100 Ia 275

4) Vgl. Gisler, S. 220

5) Vgl. auch Ehmke, S. 30

unbestimmten Gesetzesbegriff (1). Bei der Auslegung geht es um die Verdeutlichung (2) des unbestimmten Gesetzesbegriffs. Der unbestimmte Gesetzesbegriff ist das Paradebeispiel eines unklaren, auslegungsbedürftigen Wortlauts. Unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung bedeutet dies, dass der unbestimmte Gesetzesbegriff immer gleich ausgelegt werden muss (3) und unter gleichen Voraussetzungen (4) zum gleichen Ergebnis führen muss, um nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz zu verstossen.

- "Aus wichtigen Gründen" (AG BauG § 129 Abs. 2) (5) oder "sofern ein sachlich begründetes Bedürfnis nachgewiesen ist" (ZH PBG § 37 Abs. 2) bilden nebst anderen die unbestimmten Voraussetzungen für die Zulässigkeit nichtland- und forstwirtschaftlicher Bauten in Land- und Forstwirtschaftszonen. Durch diese unterschiedlichen Umschreibungen sollen grundsätzlich nur standortbedingte Bauten zugelassen werden.
- Ein Grundstück gilt in verkehrstechnischer Hinsicht als erschlossen, wenn die vorgesehenen Bauten "genügend zugänglich" (ZH PBG § 236 Abs. 1) (6) sind oder eine "genügende Zufahrt" (AG BauG § 156 Art. 1) (7) vorhanden ist (8). Dadurch soll verhindert werden, dass gebaut wird, ohne die entsprechend notwendigen, verkehrstechnischen Voraussetzungen zu erfüllen.
- Ausnahmegewilligungen können u.a. erteilt werden, wenn "ausserordentliche Verhältnisse" (AG BauG § 155 Abs. 1) (9) vorliegen

1) Vgl. auch Schwarzenbach, S. 61; Schwere, S.107. Beispiel: "Von Bauvorschriften darf im Einzelfall befreit werden (Rechtsfolge), wenn besondere Verhältnisse es rechtfertigen (Tatbestand)", (ZH PBG § 220 Abs. 1).

2) Vgl. Schwarzenbach, S. 61

3) Immer vorbehältlich einer gerechtfertigten Praxisänderung

4) Anknüpfung an die relevanten Gleich- oder Ungleichheiten

5) Vgl. Zimmerlin, S. 347 f.

6) Vgl. auch ZH BRKE IV Nr. 37/80

7) Vgl. Zimmerlin, S. 445 f.

8) Vgl. z.B. ZH RRB von 19.12.79 betreffend Zugangsnormen

9) Vgl. Zimmerlin, S. 438

oder "besondere Verhältnisse" (ZH PBG § 220 Abs. 1) es rechtfertigen.

Diese unbestimmten Begriffe umschreiben alle eine für die Erteilung einer Bewilligung erforderliche Voraussetzung. Es sind gesetzgeberische Begriffe, welche einer Konkretisierung oder zumindest Versachlichung durch aufsichtsbehördliche Richtlinien bedürfen, um eine einigermaßen einheitliche Rechtsanwendung zu ermöglichen.

Die Baubehörde hat zu entscheiden, ob die entsprechende Voraussetzung im konkreten Fall erfüllt ist oder nicht. Sie hat die abstrakt formulierten, unbestimmten Gesetzesbegriffe bei jedem Baugesuch neu auszulegen und den konkreten Einzelfall mit dem ausgelegten Begriff zu vergleichen. Sie hat wertend zu beurteilen, ob diese Verhältnisse auch objektiv betrachtet einen "wichtigen Grund", eine "genügende Zufahrt", darstellen, welche mit Sinn und Zweck der Bestimmung vereinbar sind. Der Beurteilungsspielraum der Baubehörde ergibt sich einerseits aus der Unbestimmtheit des Begriffs und andererseits aus den verschiedenen örtlichen Verhältnissen (1). Der Umfang dieses Spielraumes ist unterschiedlich und konkretisiert sich, zumindest in Grenzfällen, erst bei der Ueberprüfung durch eine Rechtsmittelinstanz, welche den in einer Baunorm enthaltenen Spielraum zu bestimmen hat (2). Ein gewollt unbestimmter Gesetzesbegriff auf der Tatbestandseite kann u.U. grosse Freiheit gewähren, während das gebundene Ermessen in einem andern Fall zu einer ganz bestimmten Lösung führen muss (3). Mit der Beurteilung des unbestimmten Gesetzesbegriffs auf der Tatbestandseite (4), welcher eine Voraussetzung bildet, wird eine für die Rechtsfolge entscheidende Weiche gestellt. Damit kann eine Bauverweigerung schon vorbestimmt

1) Ob ein konkretes Bauobjekt wegen "Verunstaltung" verweigert werden kann, hängt vom bisherigen Baucharakter einer Gegend ab. Vgl. BGE 82 I 106

2) Vgl. auch Ehmke, S. 31

3) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 407 Nr. 66

4) Dieser Umstand bewegte verschiedene Autoren zur Bezeichnung "Tatbestandsermessen". Vgl. z.B. Fleiner, S. 113

werden. Dies bedeutet für den Gleichbehandlungsgrundsatz, dass das Mass einer möglicherweise unangemessenen Behandlung entscheidend von dieser Beurteilung abhängt. Eine ungerechtfertigte Bauverweigerung bedeutet für den Bauwilligen normalerweise eine grössere Einschränkung (1) als eine bei der Erteilung der Bewilligung durch Ermessensbetätigung gemachte Auflage. Deshalb erscheint eine Trennung, welche beim unbestimmten Gesetzesbegriff auf der Tatbestandsseite eine grössere Ueberprüfung zulässt, auch im Sinne der Gleichbehandlung gerechtfertigt (2). Eine Schwierigkeit bei der Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe liegt auch in der Beurteilung der verschiedenen, konkreten Verhältnisse selbst (3). Die Baubehörde kann sich anhand vergleichbarer Bauobjekte orientieren und an vorhandene Gleich- und Ungleichheiten anknüpfen. Sie darf aber ihren Entscheid nicht in erster Linie auf Vergleiche abstützen, obschon sie damit mancher Beschwerde den Wind aus den Segeln nehmen könnte. Sie muss primär eine dem Einzelfall angemessene Behandlung wählen und hat diese aus dem Projekt und den anwendbaren Baunormen zu begründen.

-
- 1) Die Bauverweigerung kann als öffentlichrechtliche Einschränkung die Eigentumsgarantie verletzen.
 - 2) Die Zurückhaltung der Rechtsmittelinstanzen bei der Ueberprüfung mag in beschränktem Rahmen verständlich erscheinen, obschon sie im Sinne der Gleichbehandlung nicht zufriedenstellen kann. Vgl. auch hinten S. 158 ff.
 - 3) Vgl. AGVE 1953 S. 273 ff. bezüglich Schutz des Quartierbildes; Vgl. auch vorne S. 96 Ziffer a) Sachverhaltsermittlung

III. RECHTSFOLGEERMESSEN DER BAUBEHÖRDE

Von Rechtsfolgeermessen spricht man, wenn der Gesetzgeber dem rechtsanwendenden Verwaltungsorgan für den konkreten Fall einen Handlungsspielraum bezüglich der Rechtsfolge überlässt (1). Das Rechtsfolgeermessen stellt das eigentliche, echte Ermessen dar (2). Zu unterscheiden ist zwischen Entschliessungsermessen (3), welches der Verwaltung das Handeln an sich freistellt, und Auswahlermessen (4), welches der Verwaltung die Wahl der Rechtsfolge, d.h. deren Ausstattung, überträgt. Beim Bauentscheid verfügt die Baubehörde vorwiegend über Auswahlermessen; es steht ihr nicht frei, eine Baubewilligung zu erteilen oder nicht, sondern beispielsweise lediglich, welche Bedingungen oder Auflagen vielleicht mit der Bewilligung verknüpft werden sollen (5).

Wie soll nun dieser Ermessensentscheid der Baubehörde getroffen werden, um den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zu verletzen? Die Baubehörde hat von ihrem Ermessen stets pflichtgemäss Gebrauch zu machen (6). Pflichtgemäss entscheidet die Baubehörde, wenn sie ohne Rücksicht auf Sympathien und Wünsche (7) die ihr übertragene

1) Vgl. auch Leutenegger II, S. 220 mit Verweisungen bezüglich Ermessen allgemein; Gisler, S. 221; Schwere, S. 107

2) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 405 Nr. 66; a.M. Zimmerlin, S. 27 ff., welcher wohl das Rechtsfolgeermessen erwähnt, aber zweifelt, ob die Trennung praktisch brauchbar und auch theoretisch begründet ist.

3) Die Erteilung einer Konzession ist dafür ein typisches Beispiel. Die Verwaltung kann, sie muss sie nicht erteilen. Vgl. auch Imboden/Rhinow, S. 407 Nr. 66

4) Speziell bei Ausnahmbewilligungen verfügt die Baubehörde über Auswahlermessen. Auswahlermessen beschränkt sich nicht auf die Wahl "zwischen mehreren gleichwertigen Lösungen" (ZBI 1970 S. 203), sondern beinhaltet seinerseits Wertungen.

5) Vgl. auch BGE 97 I 137; ZH BRKE I 127/1979

6) Vgl. auch Germann, S. 349 mit Verweisungen

7) Dies kann den Baubehörden schwerfallen, vor allem wenn wirtschaftliche Überlegungen hineinspielen.

Aufgabe erfüllt und möglichst objektive (1) Wertungen vornimmt (2). Die Wertungs- und Entscheidungsgrundlagen entnimmt die Baubehörde durch Auslegung aus den anwendbaren Baunormen (3). Das Rechtsfolgeermessen als eigentliches Ermessen beginnt jedoch erst dort, wo auch durch Auslegung nicht genügend Anhaltspunkte (4) zu entnehmen sind (5). Darin besteht ein Unterschied zum Beurteilungsspielraum, welcher vorwiegend mit unbestimmten Gesetzesbegriffen verbunden ist. Der pflichtbewusste Ermessensgebrauch setzt auch umfassende, richtige Kenntnis der tatsächlichen, örtlichen Verhältnisse voraus (6).

Mit dem Ermessensspielraum soll die Baubehörde die Möglichkeit haben, einen für den konkreten Fall sich angemessen auswirkenden Entscheid zu treffen (7), d.h. die adäquate Rechtsfolge zu wählen. Damit kann eine Einzelfallgerechtigkeit (8) verwirklicht werden. Dies ist der Kern der materiellen Gleichbehandlung im Sinne einer angemessenen Behandlung.

Zum genau gleichen Resultat gelangen wir, wenn wir das Problem aus der Sicht der Gleichbehandlung angehen. Wir beginnen mit dem grösseren Rahmen der Rechtsgleichheit, welcher sich zunächst an

-
- 1) Als "objektiv" ist ein Bauentscheid zu betrachten, den auch ein unbeteiligter Dritter, welcher über die nötigen Informationen verfügt, als richtig oder zumindest vertretbar beurteilen kann.
 - 2) Vgl. Germann, S. 349 ff. Die Wertungen beruhen auf einer Interessenabwägung. Vgl. dazu Müller Georg, Interessenabwägung im Verwaltungsrecht, in ZBl 1972, S. 337 - 358
 - 3) Vgl. auch Gisler, S. 221
 - 4) Solche Anhaltspunkte können in Form von unbestimmten Gesetzesbegriffen auf der Rechtsfolgeseite der Norm vorhanden sein.
 - 5) Vgl. Germann, S. 350 mit Verweisungen; Schwarzenbach, S. 57
 - 6) Darin besteht auch ein Grund für die teilweise Zurückhaltung der Rechtsmittelinstanzen und Aufsichtsbehörden, welche an sich über volle Kognitionsbefugnis verfügen.
 - 7) Vgl. Germann, S. 352; Schwere, S. 106
 - 8) Der Gerechtigkeitsgedanke bleibt immer Richtschnur für die Behandlung, und letztlich liegt die Gerechtigkeit in der Gleichbehandlung.

der Rechtmässigkeit orientiert (1). Ein Verstoss gegen die Rechtsgleichheit (2) als Schranke der Ermessensbetätigung bedeutet Ermessensmissbrauch (3) oder Ermessensüberschreitung (4). Der Gleichbehandlungsgrundsatz geht nun einen Schritt weiter und begnügt sich nicht mit einer blossen Schrankenfunktion, sondern verlangt von der Baubehörde auch innerhalb des Ermessensspielraumes eine gleichmässige Ermessensbetätigung (5). Die Gleichmässigkeit beruht auf gleichen Massstäben und bedeutet nicht formelle Gleichschaltung. Die Forderung nach gleichen Massstäben läuft wiederum auf die Einzelfallgerechtigkeit hinaus, weil nicht primär ein gleiches Resultat der Ermessensbetätigung (Rechtsfolge) gefordert wird, sondern ein gleicher Wertungsmassstab. Damit besteht für die Baubehörde die Pflicht, unter gleichen Voraussetzungen beispielsweise die gleiche Auflage oder die gleiche Ausnahmegewilligung zu verfügen. Stehen innerhalb des Ermessensspielraumes mehrere vertretbare Rechtsfolgen offen, hat sie die gleichbehandelnde zu wählen.

1) Vgl. Leutenegger II, S. 220 ff.: Die rechtmässige Handhabung des Ermessens

2) Ob ein solcher Verstoss vorliegt, kann als Rechtsfrage grundsätzlich vollumfänglich überprüft werden. Vgl. ZBl 1965 S. 303 f.

3) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 417 Nr. 67

4) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 417 f. Nr. 67

5) Vgl. auch Germann, S. 353/5

IV. AUSNAHMERECHT

Das Ausnahmerecht stellt, nicht nur im Baurecht, einen heikeln Bereich dar, weil dessen Anwendung eine latente Gefahr der Aushöhlung der allgemeinen Vorschriften bedeutet (1). Dass damit in erster Linie der Gleichbehandlungsgrundsatz betroffen sein kann und letztlich das Gleichbehandlungsgebot zur Aufhebung verschiedener Bauvorschriften beitragen kann (2), liegt auf der Hand. Man ist sogar versucht zu sagen, dass das Institut der Ausnahmebewilligung an sich dem Gleichbehandlungsgrundsatz widerspreche. Es ist denn auch in der Praxis kaum zu übersehen und gewissermassen verständlich, dass sich die Baubehörden vor diesem Rechtsinstitut scheuen (3). Teilweise wird denn auch die Auffassung vertreten, Ausnahmebestimmungen seien grundsätzlich einschränkend auszulegen (4). Dafür besteht m.E. kein Anlass (5). Die Auslegung von Ausnahmenvorschriften (6) soll weder restriktiv noch extensiv (7) erfolgen. Die Ausnahmebewilligung als Rechtsinstitut darf nicht an der Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit eines Missbrauchs gemessen werden. Die Ausnahmebestimmungen sind nach Sinn und Zweck (8) im Verhältnis zu den allgemeinen Normen auszulegen (9). Das Mass der Voraus-

1) Vgl. ZG RRB v. 10.8.71

Eine besondere Gefahr besteht betreffend Ausnützungsziffer. Vgl. dazu BGE 92 I 106

2) Vgl. auch Fleiner, S. 165

3) Es ist sogar zu vermuten, dass eine Baubehörde u.U. eher geneigt ist, im Sinne einer grosszügigen Handhabung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes eine gesetzliche Abweichung zu tolerieren als eine Ausnahmebewilligung zu erteilen.

4) Vgl. BJM 1971 S. 300; Zimmerlin, S. 437 N 2 zu § 155

5) Vgl. auch Imboden/Rhinow, S. 132 Nr. 20 und S. 226 Nr. 37

6) Vgl. Ammann, S.102 bezüglich Stellungnahme des Bundesgerichts

7) Vgl. BGE 97 I 430, Verbot der extensiven Auslegung von Ausnahmebestimmungen

8) Die Ausnahmepraxis muss sich dem Zweck des Gesetzes unterordnen. Vgl. Imboden/Rhinow, S. 227 Nr. 37

9) Vgl. auch BGE 96 I 548

Bei der Interessenabwägung steht vor allem in Uferzonen das Anliegen schonender Ueberbauung im Vordergrund. Vgl. ZG RRB v. 27.1.76

setzungen (1) muss sich primär aus der Ausnahmenorm und deren unbestimmten Gesetzesbegriffen ergeben (2). Ob eine Ausnahmegewilligung verantwortet werden kann, ist danach zu beurteilen, wie und mit welcher Intensität die Norm, von der abgewichen werden soll, das öffentliche Interesse wahrnimmt (3). Eine gewisse Strenge ergibt sich jedenfalls aus dem Zweck der Ausnahmebestimmung, einer Ausnahmesituation (4) gerecht zu werden, ohne generell eine einschränkende Auslegung zu fordern. Damit soll auch angedeutet werden, dass sich die Ausnahmebestimmungen grundsätzlich bezüglich Anwendung nicht von den allgemeinen Normen unterscheiden, sondern nur auf der Rechtsfolgeseite "offener" sind.

Die Rechtsgleichheit kann natürlich die Erteilung einer Ausnahmegewilligung zwingend verlangen (5). Dies darf die Baubehörde aber noch lange nicht dazu veranlassen, das Institut der Ausnahmegewilligung inoffiziell beiseite zu schieben oder zu verdrängen (6). Die Ausnahmegewilligung gilt als Schulbeispiel des Rechtsfolgeermessens (7). Nach herrschender Praxis (8) gilt die Beurteilung der Ausnahmesituation als Beantwortung einer Rechtsfrage, und das eigentliche

1) Vgl. ZBl 1979 S. 161 ff. betreffend Voraussetzungen für die Erteilung von Ausnahmegewilligungen, namentlich für die Unterschreitung des Waldabstandes.

2) Beim Begriff der "unzumutbaren Härte" könnte beispielsweise an die Sonderopfertheorie im Enteignungsrecht angeknüpft werden.

3) Vgl. ZBl 1974 S. 168 f.

4) Bei der Beurteilung der Ausnahmesituation ist die Gesamtheit der Verhältnisse zu würdigen (ZBl 1975 S. 448). Die Zweckbestimmung einer Baute für den sozialen Wohnungsbau rechtfertigt nicht die Erteilung einer Ausnahmegewilligung bezüglich der allgemeinen Abstände (BGE 89 I 522).

Vgl. auch ZH RHB 2890/1977 betreffend zwingende Ausnahmesituation.

5) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 228 Nr. 37 mit Verweisungen

6) Unter Umständen könnte dies eine Ermessensunterschreitung darstellen.

7) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 409 Nr. 66; Zimmerlin, S. 436

8) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 228 Nr. 37 und S. 409 Nr. 69 mit Verweisungen

Ermessen beschränkt sich auf die Rechtsfolge (1). Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der Rechtsfolgesatz unbestimmte Begriffe enthalten kann (2). Auch wenn die Ausnahmegewilligung als Herausforderung an die Baubehörde verstanden werden mag, stellt sie die gleichen Probleme bezüglich Gleichbehandlung wie die Anwendung der allgemeinen Baunormen. Auch Bauentscheide, welche Ausnahmen enthalten, müssen gleichmässig (3) erfolgen; aufgrund ihrer Bedeutung bedürfen sie besonderer Sorgfalt. Liegt eine Ausnahmesituation (4) vor, muss die Baubehörde versuchen, mit einer entsprechenden Ausnahmegewilligung dem Einzelfall gerecht zu werden (5). Dass sie bei der Rechtsfolgeermessensbetätigung unter Berücksichtigung der präjudiziellen Bedeutung etwas zurückhaltend ist, kann ihr niemand verwehren (6). Die Baubehörde ist aber verpflichtet, das ihr eingeräumte Auswahlermessen zu betätigen; wie weit sie dabei geht und das Ermessen ausschöpft, kann ihr niemand vorschreiben, sondern gehört zum Inhalt des gewährten Spielraumes (7). Ein Zwang kann sich aus dem Gleichbehandlungsgebot ergeben, wenn ein oder mehrere Präjudizien (Gleichheitsurteile) vorhanden sind.

1) Vgl. BGE P393 vom 18.12.1980; 97 I 140
ZH VG in RB 1964 Nr. 28

2) Vgl. z.B. AG BauG § 155 Abs. 1: "Der Gemeinderat kann, ..., unter billiger Abwägung der beteiligten privaten Interessen Ausnahmen und Abweichungen von den Vorschriften der Bauordnung gestatten: ..."

3) Auch eine large Handhabung von Ausnahmebestimmungen kann gleichmässig sein und damit die Gleichbehandlung zumindest in formellem Sinne beachten; je larger die Handhabung, desto grösser ist aber die Gefahr der Aushöhlung der allgemeinen Bauvorschriften.

4) Vgl. MBVR 1970 S. 264 ff.; ZH RB 1964 Nr. 100

5) Damit ist nicht nur ein verfahrensrechtlicher Prüfungsanspruch (Gisler, S. 222) gemeint. Vgl. auch ZH VG in VB 54/1973

6) Eine gleichmässig restriktive Praxis kann natürlich auch dem Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechen, wenn sie nicht zu formell ist.

7) Möglicherweise könnte aber eine Ermessensunterschreitung vorliegen.

V. ÄNDERUNG DER BAUBEWILLIGUNGSPRAXIS

Eine Praxisänderung der Baubehörde kann sich für den Bauwilligen so auswirken, dass durch strengere Anwendung der Baunormen ein gleiches Bauprojekt, welches früher vorbehaltlos bewilligt wurde oder bewilligt worden wäre, gemäss neuer Praxis verweigert wird (1) oder nur noch unter Vorbehalt bewilligt wird (2). Ein Bauentscheid kann dem Bauwilligen als Änderung der Baubewilligungspraxis erscheinen, obwohl die unterschiedliche Behandlung durch ungleiche Voraussetzungen gerechtfertigt ist. Verständlicherweise sind für den Bauwilligen lediglich die einschränkende Praxisänderungen von Bedeutung. Mit jeder Praxisänderung wird die Gleichbehandlung der Bauwilligen tangiert. Jedoch nur bei einer unzulässigen, ungerechtfertigten Praxisänderung (3) kann sich der Bauwillige erfolgreich auf den Gleichbehandlungsgrundsatz berufen. Handelte es sich um eine gesetzwidrige Praxis, kann es der Baubehörde nicht verwehrt sein, inskünftig im Rahmen der Gesetzmässigkeit zu entscheiden (4), weil dieser Grundsatz in der Regel dem Gleichbehandlungsgebot vorgeht (5). Eine ursprünglich gesetzwidrige Praxis kann sich u.U. aufgrund veränderter Auffassung und neuer Erkenntnisse als gesetzmässig erweisen. Inhaltlich käme dies einer Praxisänderung gleich. Will die Baubehörde eine gesetzmässige Praxis mit einem ungesetzlichen Bauentscheid aufgeben, kann sich der Bauwillige auf das auf Gleichbehandlung ausgerichtete Gesetzmässigkeitsprinzip berufen. Aber auch im Bereich der gesetzmässigen Anwendung der Baunormen

1) Vgl. BL VG in BJM 1973 S. 262

2) Der Baubehörde muss "das Recht zugestanden werden, bei der Erfüllung neuer und ungewohnter Aufgaben mit zunehmender Erfahrung ihre Praxis im Gesamtinteresse zu verschärfen" (ZBl 1972 S. 405).

3) Vgl. BGE 82 I 106 betreffend unrichtiger Auslegung der "Verunstaltung"

4) Vgl. ZH VG in VB 29/1979

5) Vgl. Rechtsgleichheit und Gesetzmässigkeit, vorne S. 14 f.

kann sich die durch Auslegung und Ermessensbetätigung gewonnene Rechtserkenntnis ändern (1). Eine Aenderung kann auch auf personelle Veränderungen in der Baubehörde zurückzuführen sein, muss aber immer sachlich gerechtfertigt sein. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt eine gleichmässige Praxis (2), welche nur unter besonderen Voraussetzungen (3) geändert werden darf. Wenn sie sachlich gerechtfertigt ist, kann selbst eine scheinbar schwankende Praxis vor dem Gleichbehandlungsgrundsatz standhalten. Eine angebliche Schwankung kann durch ungleiche Voraussetzungen begründet sein und insofern wieder gleichmässig erscheinen.

Die Aenderung der Baubewilligungspraxis kann beispielsweise auf veränderter Auffassung bezüglich Landschaftsschutz beruhen und damit den Gleichheitsgedanken verdrängen (4). Eine Gleichmässigkeit bezüglich Gestaltung der Landschaft ist ohnehin allgemein sehr schwierig. Im folgenden soll anhand einiger Beispiele gezeigt werden, welche Gründe und Ueberlegungen eine Bewilligungsbehörde veranlassen können, eine Bewilligungspraxis zu ändern. Geschieht dies aus sachlichen Gründen (5) und in grundsätzlicher Weise (6), wird der Gleichbehandlungsgrundsatz verdrängt (7):

- Ein Regierungsrat als Bewilligungsbehörde kam zur Einsicht, dass

-
- 1) Eine Praxisänderung im Sinne der strengeren Handhabung des Einordnungsgebotes ist gerade dann zulässig, wenn sie dem Sinn der beschlossenen, aber noch nicht in Kraft getretenen neuen Bauordnung entspricht (ZH VG in ZBI 1975 S. 201 f.).
 - 2) Vgl. auch BGE in ZBI 1963 S. 439
 - 3) Vgl. vorne S. 78
 - 4) Vgl. ZBI 1978 S. 357
 - 5) Vgl. BGE 101 Ia 206, 98 Ia 636, 96 I 201, 376, 94 I 16, 93 I 259, 90 I 56
 - 6) Dies ist nicht der Fall, wenn ein Gemeinderat in derselben Sitzung ein Bauvorhaben aus gestalterischen Motiven ablehnte, "das mindestens so fremdartig anmutende und ästhetisch ungünstigere Projekt eines andern Bauherrn" jedoch genehmigte, obwohl er sich im ersten Bauentscheid auf eine Praxisänderung berief (ZBI 1963 S. 439).
 - 7) Vgl. ZBI 1975 S. 201 mit Verweisungen

eine früher erteilte Zufahrtsbewilligung einen Fehler darstellte, weil die Zu- und Wegfahrt die Sicherheit des Verkehrs auf der Strasse doch gefährdete. Diese Erkenntnis betreffend Verkehrssicherheit bewog ihn, inskünftig derartige Bewilligungen nicht mehr zu erteilen (1). Ob eine Verweigerung unumgänglich ist oder ob auch eine entsprechende Auflage genügt, ist eine Frage des Masses.

- Veränderte Auffassungen bezüglich Gestaltung können u.U. eine Praxisänderung bei der Beurteilung der Bauart rechtfertigen (2). Aesthetische Würdigungen sind besonders vielfältig und dürfen bei aller Beachtung m.E. nicht in den Vordergrund gestellt werden.
- Ein Gemeinderat sah sich infolge stets zunehmender Zahl der Baugesuche zu einer Praxisänderung veranlasst, weil sich die erstellten und projektierten Ferienhäuser im Einzugsgebiet der Trinkwasserfassung befanden und das Abwasserproblem verschärft wurde (3). Eine solche Praxisänderung muss auf mangelhafte oder nicht existente Planung zurückgeführt werden. Dazu kommt noch die Aktualisierung des Gewässerschutzes und die damit verbundenen, gesteigerten Vorsichtsmassnahmen.
- Die Gewerbezonon dienen in erster Linie der Erstellung von Gewerbebetrieben. Beim Entscheid betreffend Zulassung von Wohnbauten in dieser Zone ist stets neu zu beurteilen, ob damit die eigentliche Zweckbestimmung nicht sukzessiv vereitelt werden könnte. Grundsätzlich sollten auch in Gewerbezonon nur standortbedingte Wohnbauten zugelassen werden. Angesichts der Entwicklung in einer Gewerbezone kann sich eine Baubehörde gezwungen sehen, inskünftig Wohnbauten zu verweigern, um unüberbautes

1) Vgl. ZBl 1958 S. 365 f.; ähnlich ZH RRB 1978 Nr. 3221; MBVR 1972 S. 282; BGE 93 I 260; ZBl 1965 S. 252 ff., 1960 S. 84, 543

2) Vgl. ZBl 1963 S. 439

3) Vgl. ZBl 1965 S. 297 ff.

Land für Gewerbebetriebe zu sichern (1). Eine zu kurzfristige Planung kann in dieser Hinsicht zu Neueinzonungen und Umzonungen führen, welche wiederum das Problem der planerischen Gleichbehandlung stellen.

- Ein strengerer Massstab bei der Beurteilung eines Bauvorhabens hinsichtlich Ortsbildschutz ist grundsätzlich zulässig, wenn er hinreichend begründet ist (2). Ein richtig verstandener Ortsbildschutz ist begrüssenswert, wenn er nicht zu rein politischen Zwecken missbraucht wird.

1) Vgl. ZBl 1977 S. 506

2) Vgl. ZH RB 1978 S. 50, 1969, S. 64; ZH VG in VB 29/1979

§ 11 ERTEILUNG EINER ORDENTLICHEN BAUBEWILLIGUNG

Wenn die Baubehörde das Baugesuch gutheisst, schliesst sie das Baubewilligungsverfahren mit einem positiven Verwaltungsakt ab und erteilt damit dem Bauwilligen die entsprechende Baubewilligung. Die Baubewilligung muss als solche vor dem Gleichbehandlungsgrundsatz standhalten (1). Sie ist es, an welcher der Bauwillige seine Behandlung durch die Baubehörde misst. Den Bauwilligen interessiert vor allem das Ergebnis, und meistens kann er sich auch nur daran orientieren. Naturgemäss kann eine ordentliche Baubewilligung, welche sich als gesetzmässig erweist, den Gleichbehandlungsgrundsatz weniger gefährden als eine Ausnahmbewilligung.

Eine mögliche Ungleichbehandlung kann im Anbringen oder Weglassen eines Vorbehalts bestehen.

I. VORBEHALTLOSE ERTEILUNG

Die vorbehaltlose Erteilung erlaubt dem Bauwilligen, sein Bauvorhaben entsprechend dem eingereichten Baugesuch ohne Einschränkungen zu verwirklichen. Der Gesuchsteller hat damit sein Ziel erreicht und dürfte sich in dieser Situation wenig um andere Bauentscheide kümmern. Er wird zu seiner Zufriedenheit feststellen, dass er von der Baubehörde korrekt behandelt worden ist. Damit steht aber noch nicht fest, ob mit dieser Baubewilligung der Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt wurde oder nicht. Mit der vorbehaltlosen Baubewilligung kann ein im Vergleich zu früheren Baugesuchen begünstigender Bauentscheid gefällt worden sein. Wurde nun unter gleichen Voraussetzungen ohne Rechtfertigung anders entschieden, handelt es sich bei dieser vorbehaltlosen Baubewilligung um eine unzuläs-

1) Vgl. auch Gisler, S. 16

sige Ungleichbehandlung. Den Bauwilligen dürfte dieser Vergleich nicht interessieren. Für künftige Bauentscheide hat diese Bewilligung präjudizielle Bedeutung. Bezüglich einer solchen vorbehaltlosen Erteilung stellt sich nun die Frage, wer allenfalls unter welchen Voraussetzungen bis zu welchem Zeitpunkt eine begünstigende, unzulässige Ungleichbehandlung verhindern könnte. Auf diese Frage werden wir im Zusammenhang mit der Geltendmachung einer Ungleichbehandlung zurückkommen (1).

II. ERTEILUNG MIT VORBEHALTEN

Die Baubehörde kann eine Baubewilligung mit Nebenbestimmungen verknüpfen (2). Damit wird der Baubehörde ein Rechtsfolgeermessen eingeräumt, durch welches sie veranlasst wird, unter gewissen Voraussetzungen (3) die "gebotenen" (4) Nebenbestimmungen mit einer Bewilligung zu verbinden. Was als geboten erscheint, hat die Baubehörde im Einzelfall durch Ermessensbetätigung zu entscheiden. Zwei gleiche Bauprojekte sind grundsätzlich mit gleichen Nebenbestimmungen zu belasten, wenn nicht veränderte Verhältnisse eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Auflagen sind vielfach ein Mittel der Praxisverschärfung. Es nützt dem Bauwilligen insbesondere nichts, auf früher erteilte Baubewilligungen hinzuweisen, wo Vorbehalte noch dringlicher gewesen wären. Die Baubehörde darf veränderten Verhältnissen durch Vorbehalte Rechnung tragen. Im Sinne der Gleichbehandlung sollte die Baubehörde bemüht sein, auch

1) Vgl. hinten S. 153 ff. und vorne S. 92 betreffend öffentlichrechtliche Einsprache.

2) Vgl. vorne S. 71 ff.

3) Nebenbestimmungen können mit einer Bewilligung verknüpft werden, um geringe, rechtliche Mängel des Bauvorhabens zu beheben und beispielsweise veränderten Verhältnissen Rechnung zu tragen. Dabei sind Verhältnismässigkeit, Zweckmässigkeit und Sachbezogenheit zu beachten.

4) ZH PBG § 321 Abs. 1

an bestehenden Bauobjekten die bei späteren Baubewilligungen gemachten Vorbehalte durch Auflagen, soweit möglich und zumutbar, durchzusetzen. Auch im Bereich der Vorbehalte gilt der Grundsatz der Gleichmässigkeit. Die Baubehörde darf beispielsweise nicht ohne weiteres die Erteilung einer Baubewilligung vom Vorliegen eines Bauungs- oder Quartierplanes abhängig machen, wenn sie in mehreren andern Fällen darauf verzichtet hat (1).

Nach Inkrafttreten des eidgenössischen Gewässerschutzgesetzes mussten die notwendigen Schutzmassnahmen durch Vorbehalte realisiert werden, um die Abwasserverhältnisse zu sanieren. Wenn diese Änderungen bei bestehenden Bauten nicht sofort durchgesetzt werden konnten, beschränkten sich solche vorbehaltene Massnahmen zunächst auf neu zu erstellende Bauten und Anlagen, ohne den Gleichbehandlungsgrundsatz zu verletzen (2).

Mit der Zunahme des Verkehrs wurden die Anforderungen bezüglich Verkehrssicherheit verschärft. Unter diesem Gesichtspunkt konnte es angebracht erscheinen, einen Parkplatz nur noch mit Kehrplatz zu gestatten, obwohl an derselben Strasse verschiedene Garagenzufahrten früher ohne eine solche Auflage bewilligt worden waren (3).

Die Vorbehalte bilden vielfach einen der wenigen Handlungsspielräume der Baubehörden. Das flexible Instrument birgt einerseits die Gefahr einer Ungleichbehandlung in sich und kann andererseits der Verwirklichung der materiellen Gleichbehandlung dienen.

1) Vgl. ZBI 1963 S. 527

2) Vgl. ZBI 1972 S. 405

3) Vgl. ZH RRB 1978 Nr. 3221

III. ERTEILUNG VERBUNDEN MIT VERTRAGLICHER VEREINBARUNG

Im Zusammenhang mit der Beurteilung eines Baugesuches durch die Baubehörde können Probleme auftauchen, welche einer vertraglichen Regelung zwischen Gemeinwesen und Bauwilligen bedürfen, weil sie nicht mit dem Baumentscheid erfasst werden können (1). Je nachdem, ob der Charakter der Abmachung und des Vertragsobjekts öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist, handelt es sich um einen verwaltungsrechtlichen (2) oder privatrechtlichen (3) Vertrag. In beiden Fällen wäre der Vertrag getrennt zu betrachten und könnte in keiner Art mit dem Baumentscheid verbunden werden, weil das materielle Baurecht keinen Verhandlungsspielraum offenlässt (4). Beim privatrechtlichen Vertrag stehen sich die Parteien rechtlich gleichwertig gegenüber, und der Gleichbehandlungsgrundsatz ist bedeutungslos (5). Verwaltungsrechtliche Verträge (6) zwischen der Gemeinde als Trägerin hoheitlicher Gewalt und einem Bauwilligen als Privaten sind grundsätzlich möglich (7). Aus dem Abschluss eines solchen Vertrages kann eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes resultieren. Verwaltungsrechtliche Verträge sind in jenen Bereichen unzulässig, wo das Gesetz eine zwingende Ordnung aufstellt. Ein solcher Bereich sind allgemein die baurechtlichen Bestimmungen. Vertragliche Vereinbarungen zwischen Gemeinde und Bauwilligen sind in einer durch Gesetz oder Reglement zwingend ge-

1) Vgl. auch Leutenegger II, S. 283 f.: Die Problematik vertraglicher Regelungen zwischen Gemeinwesen und Grundeigentümern. Betreffend Fusswegrecht zugunsten der Öffentlichkeit vgl. ZH BRKE I 161/1979 und III 44/1979

2) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 276 ff. Nr. 46
BGE 103 Ia 509

3) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 286 ff. Nr. 47

4) Vgl. Gisler, S. 162

5) Das Gemeinwesen kann u.U. durch den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzen. Vgl. dazu Imboden/Rhinow, S. 287 f. Nr. 47

6) z.B. Erschliessungsvertrag

7) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 281 Nr. 46. Bezüglich Voraussetzungen vgl. Leutenegger II, S. 283 f.

regelten, baurechtlichen Frage ausgeschlossen (1). Damit können wir festhalten, dass mit der Baubewilligung aus formellen und materiellen Gründen keine vertraglichen Vereinbarungen verknüpft werden dürfen und diese somit die Gleichbehandlung durch den Bauentscheid nicht direkt beeinflussen können (2).

Eine indirekte Beeinflussung des Bauentscheides durch die Vertragsbereitschaft des Bauwilligen ist möglich (3). Trotzdem muss der Bauentscheid allein vor dem Gleichbehandlungsgebot standhalten können, und die vertragliche Vereinbarung darf bei einem Vergleich nicht berücksichtigt werden.

Zusammenfassend stellen wir fest, dass die Behörde beim vertraglichen Handeln entweder überhaupt nicht (privatrechtlich) oder beschränkt (verwaltungsrechtlich) an das Gleichbehandlungsgebot gebunden ist, während sie beim Bauentscheid als Verfügung darauf zu achten hat.

1) Vgl. BGE 89 II 210 f.; MBV 1968 Nr. 38; AGVE 1974 S. 256

2) Trotzdem kommen in der Praxis Verkoppelungen vor. Vgl. Gisler, S. 162 mit Verweisungen

3) Bei einem Kaufvertrag kann die Gemeinde möglicherweise Zusicherungen machen, um günstigere Kaufbedingungen zu erlangen.

§ 12 ERTEILUNG EINER AUSNAHMEBEWILLIGUNG

Die Ausnahmebestimmungen erlauben den Baubehörden unter besonderen Voraussetzungen, eine Ausnahmegewilligung zu erteilen (1). Diese ausnahmerechtliche Verfügung bildet den Exponenten, an welchem die ausnahmsweise Behandlung durch die Baubehörde unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung gemessen und verglichen wird. Die Ausnahmegewilligung erweckt oft den zwiespältigen Eindruck einer Bevorteilung (2), weil damit nicht nur auf polizeiliche Schutzbedürfnisse teilweise verzichtet wird, sondern auch wirtschaftliche Interessen verbunden sein können (3). Sie mag für viele eine Provokation darstellen, ist aber immerhin zur Wahrung und Kontrolle der Gleichbehandlung dienlicher als eine ausnahmsweise Behandlung ohne Erteilung einer Ausnahmegewilligung (4).

Die Erteilung einer gerechtfertigten Ausnahmegewilligung ist die differenzierteste Form der Rechtsverwirklichung im Sinne der Einzelfallgerechtigkeit (5). Dass unter diesen Umständen, bei dieser Zielsetzung, ein Vergleich (6) zwischen den rechtlichen bzw. tatsächlichen Voraussetzungen und zwischen den als angemessen erscheinenden

-
- 1) Darin kann, soweit die Erteilung von Baugewilligungen in Frage steht, der einzige eigene Handlungsspielraum einer Gemeinde bestehen. Vgl. Gisler, S. 116, bezüglich Kanton Basel-Stadt.
 - 2) Dieser Eindruck kann in jenen Fällen berechtigt sein, wo die Baubehörde zu einer "besseren Lösung" Hand bietet und der Bauwillige aus seiner Position Druck auf die Baubehörde ausüben konnte.
 - 3) "Es liegen besondere Verhältnisse vor, indem einem kleinen Gewerbebetrieb die Möglichkeit einer angemessenen Erweiterung der Anlage eingeräumt wurde, ohne dass er seinen kleinen Transportbetrieb in die eigentliche Industriezone verlegen müsste", (ZG RRB v. 15.3.74).
 - 4) Damit soll auch die Forderung nach Offenheit und Rechtssicherheit verbunden sein.
 - 5) Vgl. auch Gisler, S. 216 ff.
 - 6) Oft kann ein direkter, praktischer Vergleich auch durch ungenügende Begründungen erschwert oder verunmöglicht werden. Dürftige Begründungen müssen im Rechtsmittelverfahren durch Vernehmlassungen ergänzt werden.

den Behandlungen (Bauentscheiden) äusserst schwierig ist, leuchtet unter Berücksichtigung der Relativität der Gleichheit ein.

Die Baubehörde hat bei Vorliegen einer Ausnahmesituation (1) eine angemessene Ausnahmegewilligung zu erteilen. Handelt es sich um die gleichen, nicht nur vergleichbaren, Ausnahmesituationen bei zwei oder mehreren Bauprojekten, verlangt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine gleich angemessene Ausnahmegewilligung.

Grundsätzlich sollte es für eine kantonale Bewilligungsbehörde bei der Erteilung einer Ausnahmegewilligung keine Rolle spielen, ob die Gemeinde über Zonenplan und Bauordnung verfügt. Um jedoch neues kommunales Baurecht nicht schon zu Beginn zu "verwässern", können strengere Anforderungen gerechtfertigt sein, und die strikte Anwendung des neuen Rechts (2) verstösst nicht gegen die Gleichbehandlung (3).

Sofern an zwei verschiedenen Seen in einem Kanton unterschiedlich breite Uferzonen mit Bauverbot bestehen und diese planerische Ungleichstellung gerechtfertigt war, müssen grundsätzlich gleiche Anforderungen für eine Ausnahmegewilligung gestellt werden, obwohl sich gleiche Eingriffe in die Landschaft unterschiedlich auswirken können (4).

Beim Vergleich zwischen Ausnahmegewilligungen ist grundsätzlich von der Baunorm auszugehen, von welcher im Einzelfall abgewichen wurde bzw. abzuweichen wäre.

1) Ob eine Ausnahmesituation vorliegt, ist als Rechtsfrage zu beantworten. Eine bevorstehende Änderung des Zonenplanes bildet jedenfalls keinen wichtigen Grund, welcher eine Ausnahmegewilligung rechtfertigen könnte.

2) Die neue Bauordnung muss in Kraft sein, wenn die Zulässigkeit der Vorwirkung mangels gesetzlicher Grundlage ausgeschlossen ist. Bezüglich Vorwirkung der Erlasse vgl. Imboden/Rhinow, S. 108 ff. Nr. 17

3) Vgl. ZG RRB v. 26.3.74

4) Vgl. ZG RRB v. 26.1.76

Während die Erteilung einer Ausnahmegewilligung, welche weder nachbarliche Rechte berührt noch willkürlich erscheint, meist unangefochten bleibt, erlangt die Verweigerung einer Ausnahmegewilligung in der Rechtsprechung eine grössere Bedeutung (1). Vor allem bei der Erteilung einer Ausnahmegewilligung sind oft gewisse Vorbehalte angebracht (2) oder können sich unter Berücksichtigung der Gleichbehandlung aufdrängen (3). Dies hängt wiederum mit der Forderung nach gleichmässiger Ermessensbetätigung zusammen. Vorbehalte können in diesem Bereich, zweckmässig eingesetzt, zur Verwirklichung einer differenzierten, materiellen Gleichbehandlung beitragen.

1) Vgl. hinten S. 134 § 13

2) Z.B. aus Gründen des Ortsbildschutzes, vgl. ZR 1978 S. 283 Nr. 125

3) Vgl. auch BGE 97 I 134 ff.

§ 13 VERWEIGERUNG EINER BEWILLIGUNG

Wenn die Baubehörde bei der Prüfung eines Baugesuchs Mängel (1) feststellt, welche durch Verknüpfung von Nebenbestimmungen mit der Bewilligung nicht geheilt werden können (2), muss sie die Bewilligung verweigern (3). Eine Verweigerung schränkt den Bauwilligen nicht nur teilweise ein, wie die Belastung mit Nebenbestimmungen, sondern verbietet ihm schlechthin die Realisierung des Bauvorhabens. Der Bauwillige, welcher nach eigener Auffassung vorschriftsgemäss projektiert oder sich eine Ausnahmegewilligung erhofft hatte, wird sich nach Möglichkeit zur Wehr setzen und zu diesem Zweck u.a. nach gleichen, bewilligten Bauobjekten Ausschau halten, sofern er dies nicht schon bei der Projektierung getan hat.

Bei der Verweigerung einer Bewilligung als negativer Verfügung geht es zunächst und hauptsächlich um die Frage der Gesetzeskonformität, weil die Baubehörde nur jenes Projekt verweigern darf, welches nicht den Baunormen entspricht. Dies ist insofern von Bedeutung, weil die Baubehörden u.U. aus andern, nicht baurechtlichen Gründen ein Projekt zu verhindern versucht. Der Bauwillige dürfte normalerweise der Meinung sein, sein Bauvorhaben entspreche den Baunormen, weil auch für seine Projektierungstätigkeit im Sinne der Rechtsanwendung eine Pflicht zur Gesetzmässigkeit besteht (4). Ist das Bauvorhaben gesetzeskonform und verweigert

1) Vgl. ZH PBG § 321 Abs. 1

2) Wenn ein Mangel mit einer Auflage beseitigt werden kann, ist eine Bauverweigerung unzulässig. Vgl. ZBI 1972 S. 27. Nach Möglichkeit soll grundsätzlich zugunsten der Baufreiheit entschieden werden.

3) Da jedoch die Bauverweigerung keine materielle Rechtskraft erlangt, kann jederzeit ein neues Baugesuch eingereicht werden. Vgl. ZH BRKE I 77/1980; ZH VG in VB 54/1978

4) Jeder Bauwillige nimmt mit dem Baugesuch ein finanzielles Risiko in Kauf; er muss damit rechnen, dass seinem Bauvorhaben Gründe entgegenstehen, die er anfänglich nicht kannte (ZBI 1973 S. 452).

die Baubehörde dessen Realisierung, verletzt sie den für sie obligatorischen Grundsatz der Gesetzmässigkeit. Der Grund der unterschiedlichen Beurteilung dürfte meistens im unklaren Wortlaut einer Baunorm liegen, welche durch Auslegung zu verschiedenen Ergebnissen führen kann. Solche Meinungsverschiedenheiten bedürfen einer Ueberprüfung durch eine unabhängige Instanz, welche das Auslegungsergebnis bestimmt oder der Baubehörde im Sinne der Delegation einen Spielraum zugesteht.

Die Verweigerung einer Bewilligung verstösst dann direkt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn die Baubehörde trotz gesetzwidriger Praxis das Bauvorhaben verweigert, ohne die bisherige Praxis aufgeben zu wollen.

Bei der Verweigerung einer Ausnahmbewilligung wird häufig versucht, die Baubehörden auf bereits erteilte Ausnahmbewilligungen aufmerksam zu machen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz kann die einzige Möglichkeit sein, eine Ausnahmbewilligung zu erlangen, weil den Baubehörden bei Ausnahmebestimmungen immer ein Anwendungsspielraum zugestanden wird.

Die Verweigerung verletzt den Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn unter gleichen Voraussetzungen, vor allem bezüglich Ausnahmesituation, nicht eine entsprechende Ausnahmbewilligung erteilt wird (1). Diese angeblichen Ausnahmesituationen sind jedoch häufig von so unterschiedlicher Art, dass es der Baubehörde bei einem Vergleich meist leicht fällt, an immer gleichzeitig vorhandene Ungleichheiten anzuknüpfen. Noch leichter fällt es der Baubehörde, wenn konkrete Vergleiche mangels erteilter Ausnahmbewilligungen nicht möglich sind und die Baubehörde ihre Begründung auf einer "makellosen" Ausnahmepraxis abstützen kann. Damit könnte aber trotzdem die abstrakte materielle Gleichbehandlung verletzt sein; diese durchzusetzen ist jedoch im Rahmen der Gesetzmässigkeit praktisch unmöglich.

1) Vgl. auch BGE 99 Ia 471

Die Verweigerung einer Ausnahmegewilligung kann die Folge einer verschärften Ausnahmepraxis sein (1). Soweit die Praxisänderung gerechtfertigt ist, kann wiederum nichts eingewendet werden. Diese zulässige Ungleichbehandlung mag für den betroffenen Bauwilligen subjektiv ungerecht erscheinen, obwohl man damit möglicherweise der gesetzlichen Zweckbestimmung näher kommt. Solchen möglichen Verschärfungen wollen die Baubehörden vielfach durch eine grundsätzlich strenge Ausnahmepraxis vorbeugen. Diese Überlegungen können im weiteren Sinne auch die präjudizielle Bedeutung von Bauentscheiden beeinflussen. Obwohl damit vielleicht nicht jedes Bauprojekt ganz gerecht, genügend differenziert, behandelt wird, entspricht es eher dem Gleichheitsempfinden Dritter und nützt vielfach dem Gerechtigkeitsansehen der Baubehörde mehr.

1) Eine verschärfte Ausnahmepraxis, sowie eine Praxisänderung überhaupt, können auch durch die personelle Besetzung der Baubehörde beeinflusst werden.

§ 14 PRÄJUDIZIELLE BEDEUTUNG EINES BAUENTSCHEIDES

Jedem Bauentscheid kommt eine gewisse präjudizielle Bedeutung zu (1). Diese Bedeutung kann sich früher oder später, mehr oder weniger stark, auswirken. Die präjudizielle Bedeutung und der Gleichbehandlungsgrundsatz stehen in engerem Zusammenhang. Naturgemäss spielt diese Bedeutung bei der Baubehörde und beim Bauwilligen eine unterschiedliche Rolle. Der Bauwillige benutzt das Präjudiz, um einen Gleichbehandlungsanspruch nach ergangenem Bauentscheid durchzusetzen. Die Baubehörde hat dieser Bedeutung, insbesondere bei der Erteilung (2) einer Baubewilligung, bereits bei der Entscheidungsfindung Beachtung zu schenken (3). Dabei sind es vor allem faktische Ueberlegungen, welche in Verbindung mit der präjudizialen Bedeutung des bevorstehenden Bauentscheides angestellt werden. Dazu zählen beispielsweise die Kapazität einer Kanalisation, einer Strasse, einer Wasserversorgung und allgemein der Landschaftsschutzgedanke. Bei der Beurteilung der Schutzwürdigkeit eines Landschaftsteiles darf die Baubehörde u.a. auch dem Umstand Rechnung tragen, dass noch weitere gleiche oder ähnliche Bauten bewilligt werden müssten (4).

Der Anschluss einer Liegenschaft ausserhalb des Kanalisationsperimeters zieht in der Regel den Anschluss anderer Grundstücke in gleicher Lage nach sich (5). In diesem Zusammenhang kommt einem

-
- 1) Dies gilt normalerweise nicht für den Vorentscheid (ZBI 1946 S. 535). M.E. muss auch dem Vorentscheid eine beschränkte präjudizielle Bedeutung zukommen.
 - 2) Natürlich kommt auch der Bauverweigerung eine präjudizielle Bedeutung zu. Für den Vergleich im Zusammenhang mit der konkreten Gleichbehandlung spielt sie jedoch eine etwas geringere Rolle.
 - 3) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 430 f. Nr. 69; ZH VG in RB 1960 Nr. 106, 1962 Nr. 127, 128
 - 4) Vgl. ZBI 1964 S. 101 ff.; BGE 90 I 343, 89 I 477. Unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung kann beispielsweise ein Bauverbot gerechtfertigt sein. Vgl. Imboden/Rhinow, S. 874 Nr. 123 mit Verweisungen
 - 5) Vgl. BGE 92 I 512

Bauentscheid auch ein planerischer Effekt zu (1). Die Anschlusskosten, welche vom Grundeigentümer zu bezahlen sind, vermindern sich für den einzelnen erheblich, wenn sich mehrere Bauwillige zusammenschliessen.

Wird durch einen Zonenplan eine neue Bauzone geschaffen, kommt dem Entscheid bezüglich der "vorschriftsgemässen Zufahrt" auch für ein bestehendes Strassenstück präjudizielle Bedeutung zu (2). Die Erschliessungsvoraussetzungen nehmen innerhalb der präjudiziellen Bedeutung eine besondere Stellung ein, weil die Baubehörden manchmal versuchen, damit eine beschränkte Baupolitik zu betreiben. Es erscheint beispielsweise etwas fadenscheinig, wenn eine Baubehörde ausgerechnet beim letzten Bauprojekt innerhalb einer Zone mangels Erschliessung eine Bauverweigerung verfügt.

Die Befürchtung einer Baubehörde, mit der Erteilung einer Baubewilligung werde ein Präjudiz geschaffen, ist kein rechtsgenügender Bauverweigerungsgrund (3).

Eine augenscheinlich präjudizielle Bedeutung erhält die Bewilligung eines Satteldaches in einer Ueberbauung mit Flachdächern (4). Wenn ein Hausbesitzer mit einem Flachdach erwiesenermassen schlechte Erfahrungen gemacht hat und der Umbau nicht auf eine Erhöhung der Ausnützung abzielt, sollte ein Satteldach nicht aus rein ästhetischen Gründen verweigert werden.

Eine Bauverweigerung für Wohnbauten in einer Gewerbezone, welche bestehendes Bauland künftigen Gewerbebetrieben vorbehalten will, hat stark präjudizielle Wirkung, wenn bisher Wohnbauten in beträchtlichem Ausmass zugelassen wurden (5).

1) Vgl. auch Gisler, S. 74 mit Verweisungen und S. 165

2) Vgl. BGE 96 I 372 ff.

3) Vgl. ZH VG in VB 38/1978 S. 9

4) Vgl. ZG RRB v. 24.2.76

5) Vgl. ZBI 1977 S. 506

Naturgemäss kommt unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung der Erteilung einer Ausnahmegewilligung eine grössere präjudizielle Bedeutung zu als einer ordentlichen Baugewilligung. Diese grössere Bedeutung ergibt sich vor allem aus der Abweichung vom materiellen Baurecht.

Alle vergleichbaren Bauentscheide können grundsätzlich als konkrete Gleichbehandlungspräjudizien bezeichnet werden. Als Gleichbehandlungspräjudizien im engeren Sinne gelten jene Bauentscheide, welche die gleichen Voraussetzungen aufweisen und dadurch einen Gleichbehandlungsanspruch begründen können.

§ 15 DER ANSPRUCH AUS DEM GLEICHBEHANDLUNGSGRUNDSATZ AUF ERTEILUNG EINER BEWILLIGUNG

1. DER ANSPRUCH AUF GLEICHE GESETZMAESSIGE BEHANDLUNG

Jeder Bauwillige hat im Sinne der einheitlichen Rechtsanwendung Anspruch auf gleiche gesetzmässige Behandlung durch den Bauteilscheid. Im Unterschied zum Anspruch auf gesetzmässige Behandlung, welche als abstrakte Gleichbehandlung verstanden werden kann, stützt sich der Gleichbehandlungsanspruch auf bereits erteilte Baubewilligungen.

Der Anspruch auf gesetzmässige Behandlung geht dem Gleichbehandlungsanspruch voran und ist auch entsprechend leichter durchzusetzen. Der Gleichbehandlungsanspruch im Rahmen der Gesetzmässigkeit wird an gewisse Voraussetzungen gebunden und kann eingeschränkt werden.

1. Voraussetzungen

a) Gleichheitsentscheid

Zwei gleiche Baugesuche sollen aufgrund gleicher Grundlagen bei der rechtsanwendenden Kontrolle zum gleichen Ergebnis (Bauteilscheid) führen.

Beim Vergleich zwischen zwei oder mehreren Bauteilscheiden müssen vorerst die Vergleichskriterien festgelegt werden, um den Schluss bezüglich Gleichheit oder Ungleichheit zu ermöglichen. Wie bereits weiter vorne festgestellt werden konnte, sind direkte Vergleiche zwischen den Sachverhalten und zwischen den verschiedenen Anwendungen der massgebenden Baunormen schwierig. Da sich die Massgeblichkeit der Eigenschaften der verschiedenen Bauprojekte nach den

anwendbaren Baunormen (1) bestimmt, wird man sich beim Vergleich auf die Handhabung der Baunormen im Einzelfall konzentrieren müssen. Der Unterschied zur Rechtsanwendung ohne Vergleichsentscheid besteht darin, dass sich bei der Präjudizienwürdigung das Gleichbehandlungsproblem konkretisiert (2). Wir vergleichen die vergleichbaren Bauentscheide mit den massgeblichen Baunormen und müssen uns dabei meistens auf Gleichheit gegenüber dem Gesetz beschränken. Das Ergebnis eines Vergleichs zeigt, ob ein Entscheid richtig, vertretbar, unangemessen oder willkürlich erscheint. Gleichheitsentscheide, welche zwischen den Präjudizien und dem in Frage stehenden Bauentscheid konkrete Vergleiche zulassen und eindeutige Schlüsse bezüglich Gleichheit gestatten, sind selten. Wenn eine kantonale Rechtsmittelinstanz oder Aufsichtsbehörde in verschiedenen Rechtsmittelverfahren verschiedenes, kommunales Baurecht anwendet, sind Vergleiche meist auf Gesetzesgleichheit beschränkt. Die Voraussetzung konkreter Gleichheitsentscheide ist daher schwer erfüllbar, und die Beurteilung der Bauentscheide dürfte in den meisten Fällen auf eine Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne der Gesetzmässigkeit beschränkt bleiben.

b) Anzahl der Gleichbehandlungspräjudizien

In einigen früheren Urteilen sah das Bundesgericht im Abweichen von bloss vereinzelt Präjudizen noch keine Rechtsungleichheit (3). Da die Baubehörde grundsätzlich an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden ist, wäre es eine zusätzliche Erschwerung und würde auch der Rechtssicherheit widersprechen, wenn ein oder wenige Präjudizien für die Geltendmachung des Anspruchs nicht genügen würden.

1) Wenn kantonale Baunormen durch kommunale Baubehörden angewandt werden, können auch Gleichheitsentscheide verschiedener Gemeinden vorliegen. Dies hängt von der in den kantonalen Baunormen enthaltenen Delegation ab.

2) Vgl. Arioli, S. 104

3) Vgl. Arioli, S. 105 mit Verweisungen

Zudem ist es oft zufällig, wie oft eine Baubehörde schon gleiche Bauprojekte zu beurteilen hatte. Natürlich lässt sich aus Einzelfällen, welche offensichtlich aus dem Rahmen einer Praxis herausfallen, kein Anspruch auf Gleichbehandlung ableiten (1). Da es, wie erwähnt, selten vorkommt, dass auf einen konkreten Gleichheitsentscheid Bezug genommen werden kann, muss ein Gleichbehandlungspräjudiz grundsätzlich genügen, um einen Gleichbehandlungsanspruch durchzusetzen.

c) Identität der entscheidenden Baubehörde

Nach bundesgerichtlicher Praxis muss der Urheber von Gleichheitsentscheiden identisch sein, um gegen den Gleichheitsgrundsatz zu verstossen (2). Grundsätzlich ist aber von den anwendbaren Baunormen auszugehen, weil schliesslich Gleichheit vor dem Recht und nicht Gleichheit vor einer Baubehörde zu fordern ist (3). Kantonales Baurecht muss im ganzen Kanton einheitlich und gleichmässig angewendet werden (4). Die Aufsichts- und Rechtsmittelbehörden haben für eine einheitliche Rechtsanwendung zu sorgen (5). Zulässige, ungleiche Behandlungen von Bauwilligen verschiedener Gemeinden können sich dort ergeben, wo der kommunalen Baubehörde bei der Anwendung von kantonalem Recht ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum gewährt wird. Soweit es um die Beantwortung von Rechtsfragen des kantonalen Rechts geht, sollten gleiche Rechtsfragen auch zu gleichen Beantwortungen durch die verschiedenen, kommunalen Baubehörden führen.

1) Vgl. ZBl 1978 S. 350

2) BGE 104 III 98, 101 Ia 206, 97 I 351, 96 I 210, 91 I 169, 90 I 8, 89 I 20, 88 I 4, 80 I 322.

Vgl. auch Imboden/Rhinow, S. 432 Nr. 69

3) Vgl. Arioli, S. 110

4) Vgl. BGE 101 Ia 205

5) Die kantonalen Aufsichtsbehörden sollten sich auch um Gleichmässigkeit bemühen, wenn die kommunalen Baubehörden mit vorsorglichen Anfragen an sie gelangen.

Aehnliches gilt in beschränktem Umfang für die Anwendung kommunaler Baunormen. Ohne die baurechtliche Gemeindeautonomie (1) allzu stark einzuschränken, sollten Vergleiche zwischen offensichtlich gleichen Rechtsfragen in verschiedenen Bauordnungen möglich sein (2) oder zumindest nicht generell ausgeschlossen werden. Dabei könnten sich in den Kantonen nebst dem eingeräumten Ermessen auch gleichmässige Beurteilungsspielräume entwickeln.

Eine Beschränkung auf die Identität der entscheidenden Baubehörde ist nur dort angebracht, wo die Würdigung der örtlichen Verhältnisse im Vordergrund steht. In allen andern Fällen ist diese Forderung zu absolut und zu wenig differenziert.

Zusammenfassend können wir festhalten, dass sich diese Voraussetzung der Identität der entscheidenden Baubehörde zu einschränkend auswirkt, und eine Orientierung nach den anwendbaren Baunormen und den darin enthaltenen Rechtsfragen gerechtfertigt wäre.

1) Bezüglich Begriff und Umfang der Gemeindeautonomie vgl. BGE 104 Ia 44

Bezüglich Autonomiebereich der Gemeinden im öffentlichen Baurecht vgl.:

- bei Rechtsetzung: BGE 104 Ia 45 (Zürich); 104 Ia 126 (Graubünden); 104 Ia 138 (Aargau); 100 Ia 84 (Wallis); 99 Ia 65 (Bern); 98 Ia 434 (Waadt); 96 I 153 (Freiburg); 96 I 381 (St. Gallen); 93 I 434 (Solothurn)

- bei Rechtsanwendung: BGE 100 Ia 203 (Graubünden); 100 Ia 85 (Wallis); 99 Ia 335 (Schaffhausen)

2) Vgl. auch Arioli, S. 110

2. Einschränkung

Der Gleichbehandlungsanspruch des Bauwilligen besteht nur, soweit die Baubehörde ihren Entscheid nicht auf eine gerechtfertigte Praxisänderung (1) stützen kann. Vor allem im Baurecht, wo sich die veränderten Auffassungen, insbesondere bezüglich Gewässer- und Landschaftschutz, bemerkbar machten, wurde die Baubewilligungspraxis laufend verschärft. Dadurch wurden konkrete Vergleiche vielfach illusorisch, und der Gleichbehandlungsgrundsatz verlor an Bedeutung, weil laufend auf veränderte Verhältnisse hingewiesen werden konnte.

Nebst der Vielfalt der baurechtlichen Voraussetzungen sind es die gesetzmässigen Aenderungen der Bewilligungspraxis, welche den konkreten Gleichbehandlungsanspruch in den meisten Fällen nur noch theoretisch bestehen lassen.

II. DER ANSPRUCH AUF GLEICHE GESETZWIDRIGE BEHANDLUNG

Der Anspruch auf gleiche gesetzwidrige Behandlung durch einen Bauentscheid besteht grundsätzlich unter den gleichen Voraussetzungen wie bei gesetzmässiger Behandlung. Als Einschränkung gilt, dass die Baubehörde eine gesetzwidrige Praxis ändern (2), d.h. vor allem aufgeben kann, indem sie inskünftig dem Gesetz wieder den Vorzug geben will (3). Lehnt die Baubehörde eine Aufgabe der gesetzwidrigen Praxis ab (4), kann der Bauwillige verlangen, dass

1) Vgl. ZBI 1975 S. 201 f.; Zimmerlin, S. 12

2) Das Problem der Praxisänderung stellt sich bei gesetzmässiger und bei gesetzwidriger Praxis gleich. Eine gesetzwidrige Praxis aufzugeben ist jedoch naturgemäss leichter.

3) Es gilt der Grundsatz: "Keine Gleichheit im Unrecht". Vgl. dazu Auer Andreas, in ZBI 1978 S. 287 ff.

4) Dies kann eine kommunale Baubehörde normalerweise nur im eigenen Wirkungsbereich und auch dort nur, soweit die Aufsichtsbehörde nicht eingreift.

die ungesetzliche Baufreiheit, welche bereits einem Dritten zuteil wurde, auch ihm mit der Erteilung der Bewilligung gewährt werde (1). Unter Umständen können auch in einem solchen Fall überwiegende öffentliche Interessen einer Gleichbehandlung entgegenstehen (2). Innerhalb einer solchen Interessenabwägung muss der Gleichbehandlungsgrundsatz im konkreten Sinne oft gegenüber andern Rechtsgrundsätzen zurücktreten.

Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit, welcher eine Uebereinstimmung der Bauentscheide mit den Baunormen verlangt, geht der Rücksichtnahme auf gleichmässige, einheitliche Rechtsanwendung vor (3). Insbesondere auf isoliert dastehende Fehlentscheide kann nicht Bezug genommen werden (4). All diese Einschränkungen und Abschwächungen erscheinen für den Bauwilligen als ungerecht und sind es auch im Einzelfall. Unter Berücksichtigung der Rechtssicherheit ergibt sich jedoch keine andere Möglichkeit, als in erster Linie dem Gesetz den Vorzug zu geben (5). Eine unbefriedigende Tatsache ist, dass damit einzelne, unangefochtene, unangemessene bis willkürliche Bauentscheide sanktioniert werden, ohne die Baubehörde inskünftig zu binden. Wenn eine Baubewilligungspraxis nicht von mehreren Präjudizien abhängig gemacht werden soll, ist es besonders schwierig, zwischen einem einzelnen Fehlentscheid und einer ge-

1) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 441 Nr. 71; Leutenegger II, S. 217; Zimmerlin, S. 12; BGE 98 Ia 151 ff. = ZBI 1972 S. 505 f. (Steuerrecht)

2) Vgl. BGE 99 Ib 384

3) Vgl. ZBI 1969 S. 295 f. Wurden die Bauvorschriften von den Bewilligungsbehörden unrichtig angewandt, kann der Bauwillige auf der Fortsetzung dieser Anwendung nicht beharren. Vgl. auch Imboden/Rhinow, S. 440 f. Nr. 71 mit Verweisungen; BGE 99 Ib 383; ZBI 1980 S. 368, 1979 S. 31, 1964 S. 527; ZH VG in RB 1978 Nr. 50 mit Zitaten; ZH BRKE I 26/1979; ZH BRKE III 90/1979

4) Vgl. ZBI 1978 S. 350

5) Auch die Aufsichtsbehörden haben bei ihrer Ueberprüfung primär für eine gesetzmässige Gleichbehandlung der Bauwilligen zu sorgen.

setzwidrigen Praxis abzugrenzen (1). Auch einer Rechtsmittelinstanz oder Aufsichtsbehörde dürfte es oft schwerfallen, aus einem Bauentscheid auf das künftige Verhalten einer Baubehörde zu schliessen (2).

Es ist aber auch denkbar, dass sich eine Baubewilligungspraxis erst zu einem spätern Zeitpunkt in einem Rechtsmittelverfahren als gesetzwidrig erweist, obwohl die Baubehörde ihre bisherige Praxis als gesetzmässig betrachtet und der Bauwillige einen Anspruch auf gleiche gesetzmässige Behandlung geltend gemacht hatte.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass ein Bauwilliger nur Anspruch auf gleiche gesetzwidrige Behandlung hat, wenn die Baubehörde ihre bisherige Baubewilligungspraxis nicht aufgeben will und zu einer solchen Aufgabe auch nicht gezwungen werden kann.

1) Vgl. auch Imboden/Rhinow, S. 441 Nr. 71

2) Eine Stellungnahme in der Vernehmlassung kann darüber Aufschlüsse geben.

§ 16 FOLGEN EINES UNANGEMESSENEN BAUENTSCHEIDES

I. BAUENTSCHEID ALS FEHLERHAFTER VERWALTUNGSAKT

Allgemein kann ein Verwaltungsakt als fehlerhaft bezeichnet werden, wenn er bei seiner Entstehung, in seiner Form oder in seinem Inhalt Rechtsnormen verletzt. Jeder Bauentscheid, welcher mit einem rechtsverletzenden Fehler behaftet ist, erweist sich somit als fehlerhaften Verwaltungsakt. Eine Ungleichbehandlung durch einen Bauentscheid stellt einen Fehler dar. Solche Fehler können eine unterschiedliche Intensität aufweisen, und nur die schwerer wiegenden Fehler (Rechtsfehler) wirken rechtsverletzend. Aus der Sicht des Rechtsschutzes handelt es sich erst um einen Fehler, wenn dadurch eine Rechtsnorm verletzt wird. Demnach ist auch der unangemessene Bauentscheid, welcher gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt, fehlerhaft. Je nach Intensität des Fehlers ist auch die Rechtswirkung entsprechend.

II. MOEGLICHE WIRKUNGEN

Die drei Rechtswirkungen, welche durch einen fehlerhaften Bauentscheid ausgelöst werden können, sind Nichtigkeit, Anfechtbarkeit oder Widerrufbarkeit.

1. Nichtigkeit

Nichtigkeit bedeutet absolute Unwirksamkeit eines Bauentscheides, und zwar ex tunc. Sie bildet als solche die Ausnahme (1), weil es sich um eine sehr einschränkende Wirkung handelt und damit auch die Rechtssicherheit tangiert sein kann. Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten.

Eine Baunorm, welche eine rechtsungleiche Behandlung vorsieht, d.h. eine Ungleichstellung enthält, ist wegen Verfassungswidrigkeit nichtig. Diese Nichtigkeit hat die Anfechtbarkeit des sich darauf stützenden Bauentscheides zur Folge, weil er seine gesetzliche Grundlage verliert. Wir beschränken uns auf den Fall, wo sich ein fehlerhafter Bauentscheid auf eine verfassungskonforme Baunorm stützt, der Fehler demnach erst in der Rechtsanwendung entsteht.

Eine Verwaltungsverfügung ist grundsätzlich nichtig, wenn der Fehler besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und zudem die Rechtssicherheit dadurch nicht ernsthaft gefährdet wird (2). Als Nichtigkeitsgründe (3) gelten vorwiegend verfahrensrechtliche Fehler (4) und Formfehler. Aber auch inhaltliche, materielle Fehler können eine Nichtigkeit bewirken (5). Es ist also zu prüfen, ob ein gegen die materiellrechtliche Gleichbehandlung verstossender Bauentscheid die Nichtigkeit zur Folge haben könnte. Es ist durchaus denkbar, dass eine Ungleichbehandlung als besonders schwerer Mangel, nicht nur aus der Sicht des Bauwilligen, betrachtet werden kann. Die Ungleichbehandlung kann auch offensichtlich, besonders krass, sein, obwohl verfahrensrechtliche Mängel oft leichter erkennbar sind und deshalb auch schneller zur

1) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 239 Nr. 40; Zimmerlin, S. 43

2) Vgl. BGE 98 Ia 571; Imboden/Rhinow, S. 241 Nr. 40; ZH BRKE I 154/1980

3) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 242 f. Nr. 40

4) Darunter könnte ein Verstoß gegen die verfahrensrechtliche Gleichbehandlung fallen.

5) Vgl. BGE 91 I 382

Nichtigkeit führen. Ein mit schwerwiegenden und offensichtlichen Mängeln behafteter Bauentscheid wäre nicht nur unangemessen, sondern willkürlich (1). Damit könnte eine qualifizierte Ungleichbehandlung die geforderte Fehlerintensität erreichen, um die Nichtigkeit eines Bauentscheides zu bewirken. Nun gilt es aber auch die Rechtssicherheit zu beachten. Und spätestens bei dieser Voraussetzung müsste eine Nichtigkeitsfolge abgelehnt werden, weil dadurch die Rechtssicherheit ernsthaft gefährdet würde. Vor allem im komplexen, materiellen Baurecht würde eine derartige Rechtswirkung unüberblickbare und unzumutbare Zustände herbeiführen. Im materiellen Bereich sollten diesbezüglich allgemein etwas höhere Anforderungen gestellt werden, weil die Rechtssicherheit doch primär auf das Formelle ausgerichtet ist.

Zusammenfassend können wir festhalten, dass wohl eine verfahrensrechtliche Ungleichbehandlung möglicherweise eine Nichtigkeit des Bauentscheides bewirken kann, aber dieselbe aufgrund materiellrechtlicher, materieller Ungleichbehandlung aus Gründen der Rechtssicherheit abzulehnen ist.

2. Anfechtbarkeit

Fehlerhafte Verwaltungsakte sind normalerweise nur anfechtbar (2). Die Vermutung spricht demnach für die Gültigkeit eines Bauentscheides. Anfechtbarkeit liegt vor, wenn der Bauwillige oder sonst Betroffene den rechtsmittelfähigen (3) Bauentscheid in einem formellen Verfahren anfechten und damit eine Ungültigerklärung bewirken kann.

Ein Bauentscheid, welcher eine unzulässige Gleich- oder Ungleichbe-

1) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 450 ff. Nr. 73

2) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 239 Nr. 40; Zimmerlin, S. 43

3) Vgl. Leutenegger II, S. 411 ff.

handlung darstellt, ist grundsätzlich anfechtbar. Der Umfang der Anfechtbarkeit, beispielsweise einer Ungleichbehandlung, welche sich als unangemessen erweist, ergibt sich vorwiegend aus der Kognitionsbefugnis der Ueberprüfungsinstanz.

Die Durchsetzung der Gleichbehandlung durch Anfechtung eines unangemessenen Bauentscheides behandeln wir im folgenden Paragraphen.

3. Widerrufbarkeit

Sowohl fehlerhafte (1) als auch ursprünglich fehlerfreie (2) Verwaltungsakte sind unter Umständen widerrufbar, weil sie in der Regel nicht in materielle Rechtskraft erwachsen. Ausnahmsweise können sie unwiderrufbar sein, wenn es gesetzlich vorgesehen ist oder die Rechtssicherheit vorgeht (3). Trotz dieser Unwiderrufbarkeit kann ein elementares öffentliches Interesse den Widerruf verlangen. Dies sind jedoch nur Leitsätze, welche eine Interessenabwägung im Einzelfall nicht ersetzen (4).

Wir beschränken uns in diesem Zusammenhang auf die Widerrufbarkeit eines fehlerhaften, anfechtbaren, den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzenden Bauentscheides.

Die Widerrufbarkeit bedeutet für die Baubehörde ein Recht, welches unter Umständen zu einer Pflicht werden kann. Die Baubehörde ist berechtigt, eine Baubewilligung zu widerrufen, wenn ein Widerrufsgrund (5) vorliegt. Die massgeblichen Faktoren der Interessenabwägung (6) sind abhängig vom Zeitpunkt eines möglichen Widerrufs(7).

1) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 244 ff. Nr. 41

2) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 269 ff. Nr. 45

3) Vgl. BGE 101 Ib 320

4) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 250 Nr. 41; Schürmann, S. 66 f.

5) Vgl. Leutenegger II, S. 334 ff.

6) Vgl. Gisler, S. 303 ff.

7) Vgl. auch Zimmerlin, S. 427 f.

Das Interesse des Bauwilligen hängt beispielsweise wesentlich vom Baubeginn ab, weil ab diesem Zeitpunkt der Baubewilligung materielle Rechtskraft zugestanden wird. Die Pflicht der Baubehörde, einen Widerruf vorzunehmen, ist eine Frage der Intensität des Widerrufsgrundes. Analog dem Uebergang zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit ist auch derjenige zwischen Recht und Pflicht der Baubehörde, einen Widerruf vorzunehmen, fließend. Die Baubehörde hat das öffentliche Interesse wahrzunehmen und möglichst klare Verhältnisse zu schaffen (1). Dass sie zum Widerruf eines nichtigen (2) Bauentscheides verpflichtet ist, erscheint auch aus Gründen der Rechtssicherheit verständlich (3), obwohl es sich nicht um einen eigentlichen Widerruf handelt, sondern nur um eine Klarstellung der Rechtsverhältnisse, weil ein nichtiger Bauentscheid gar nie entstanden ist und somit nicht widerrufen werden kann.

Der Widerruf kann grundsätzlich unter all jenen Umständen erfolgen, welche die Erteilung einer Bewilligung verhindert hätten (4).

Der Gleichbehandlungsgrundsatz kann nachträglicher oder präventiver Widerrufsgrund sein. Als nachträglicher Widerrufsgrund kann er sich erweisen, wenn der Bauwillige im Rechtsmittelverfahren auf eine widerrufsfähige Baubewilligung verweist und die Bewilligungsbehörde im Vernehmlassungsverfahren einen Widerruf anzeigt, um die Gleichbehandlung zu gewährleisten und ihre Bauverweigerung damit zu rechtfertigen. In präventiver Weise kann der Gleichbehandlungsgrundsatz einen Widerruf auslösen, weil die Baubehörde weitere Baubewilligungen, auch mit Widerrufsvorbehalt, nicht erteilen

1) Vgl. auch Zimmerlin, S. 216; Birchler, S. 105 ff.

2) Die Rechtswirkung der Nichtigkeit setzt bereits eine Wertabwägung voraus. Vgl. Imboden/Rhinow, S. 240 Nr. 40.

3) Vgl. auch Zimmerlin, S. 43

4) Wenn ein Mangel nicht nachträglich behoben werden kann, ist eine Baubewilligung allenfalls durch die Aufsichtsbehörde zu widerrufen. Vgl. beispielsweise Zimmerlin, S. 429 f. betreffend Bewilligung einer mitwirkenden Behörde.

Vgl. auch ZBl 1974 S. 348 ff.

will. Diese mögliche Variante steht in engem Zusammenhang mit der präjudiziellen Bedeutung.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist normalerweise nicht alleiniger oder hauptsächlicher Widerrufsgrund, weil sich die materielle Unrichtigkeit einer Verfügung nicht primär aus dem Gleichbehandlungsgebot ergibt, sondern durch einen Rechtsanwendungsfehler entsteht.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz spielt beim Widerruf, als Rücknahme eines fehlerhaften oder auch ursprünglich fehlerfreien Bauentscheides, eine ähnliche Rolle wie beim verfahrensabschliessenden Bauentscheid. In beiden Fällen kann er den Willensbildungsprozess der Baubehörde beeinflussen.

Aus der Sicht des Bauwilligen besteht ein wesentlicher Unterschied darin, dass ein Bauwilliger aufgrund der Gleichbehandlung wohl Anspruch auf Erteilung einer Baubewilligung haben kann, aber keinen Anspruch auf den Widerruf einer einem Dritten erteilten Bewilligung hat.

Der Widerruf kann als Mittel zur Rücknahme fehlerhafter, ungleichbehandelnder Bauentscheide eingesetzt werden. Damit können wohl bestehende Ungleichbehandlungen korrigiert werden, aber es können zugleich auch neue Ungleichheiten entstehen.

§ 17 ANFECHTUNG DER UNANGEMESSENEN ODER WILLKÜRLICHEN BEHANDLUNG DURCH DEN BETROFFENEN BAUWILLIGEN

Nach der Feststellung des öffentlichrechtlichen Anspruchs auf Gleichbehandlung stellt sich die Frage nach der Durchsetzung dieses Gleichbehandlungsanspruchs.

Jeder Bauwillige hat Anspruch auf einen gleichbehandelnden Bauentscheid. Diesen Anspruch kann er nötigenfalls in einem Rechtsmittelverfahren durchsetzen. Nicht in jedem Fall lässt sich aber der materielle Anspruch auch formell durchsetzen. Dies hängt von der Intensität der Rechtsverletzung und von der Ueberprüfungsbefugnis der Rechtsmittelinstanz ab.

Ein Bauwilliger als Adressat (1) eines Bauentscheides, welcher sich von einer Bewilligungsbehörde ungleich behandelt fühlt, kann den Bauentscheid unter bestimmten Voraussetzungen anfechten. Diese Voraussetzungen ergeben sich teilweise aus den Baugesetzen selbst und aus den kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetzen (2).

Die folgenden Ausführungen können nur Grundzüge aufzeigen, weil im Bereich des Baurechts, das beinahe ausschliesslich kantonales Recht ist, die Kantone Verfahren und Verwaltungsrechtspflegeorganisation in eigener Zuständigkeit bestimmen (3). Die staatsrechtliche Beschwerde als Verfassungsbeschwerde wird nicht näher behandelt (4).

1) Vgl. Gygi F., in ZSR 1979 S. 451

2) Zum Verhältnis Bundesrecht und kantonales Verwaltungsverfahren, vgl. Kölz A./Kottusch P., in ZBl 1978 S. 421 ff.

3) Vgl. auch Schürmann, S. 206 ff.

4) Vgl. dazu Marti, S. 33 ff.

I. BESCHWERDEMITTEL

Die Mittel, welche dem Bauwilligen zur Anfechtung eines Bauentscheides zur Verfügung stehen, werden in den Kantonen verschieden bezeichnet (1). Teilweise wird zwischen Rekurs und Beschwerde unterschieden (2). Im allgemeinen kann zwischen verwaltungsinternen (3) und verwaltungsgerichtlichen (4) Rechtsmitteln (5) getrennt werden. Ein besonderes Rechtsmittel zur Durchsetzung der Gleichbehandlung gibt es nicht, weil eine Ungleichbehandlung immer auf fehlerhafte Rechtsanwendung (Rechtsverletzung, unrichtige Sachverhaltsermittlung oder Unangemessenheit) zurückzuführen ist.

Gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide kann der Bauwillige mit der staatsrechtlichen Beschwerde (6) oder mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (7) vorgehen. Die bundesrechtliche Verwaltungsgerichtsbeschwerde kommt jedoch nur zur Anwendung, wenn sich ein Bauentscheid, bzw. die sich daraus ergebende Ungleichbehandlung, auf öffentliches Recht des Bundes (z.B. Gewässerschutzgesetz) stützt (8). Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde übernimmt insoweit auch die Funktion der staatsrechtlichen Beschwerde, als mit jener auch eine Ungleichbehandlung gerügt werden kann.

1) Vgl. Leutenegger II, S. 467 ff.

2) Vgl. z.B. ZH PBG § 329

3) Vgl. Zimmerlin, S. 49 ff. § 5; Birchler, S. 175

4) Vgl. Zimmerlin, S. 54 ff. § 6

5) Wir beschränken uns auf die ordentlichen Rechtsmittel, obwohl auch mit einem formlosen Rechtsbehelf (z.B. Aufsichtsbeschwerde) auf eine Ungleichbehandlung hingewiesen werden kann. Vgl. dazu Leutenegger II, S. 403 ff.

6) Vgl. Marti Hans: Die staatsrechtliche Beschwerde, 4. Auflage, Basel 1979

7) Vgl. Gygi Fritz: Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1979

8) Vgl. auch Schürmann, S. 208

II. BESCHWERDEINSTANZEN

1. Die einzelnen Instanzen

a) Kommunale Instanzen

In wenigen Kantonen (z.B. St. Gallen, Uri, Glarus) können die Entscheide der Baukommissionen zunächst bei einer kommunalen Instanz, meist dem Gemeinderat, angefochten werden (1). Dies mag dort sinnvoll erscheinen, wo das Baurecht zum eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde gehört oder diesbezüglich gewisse Kompetenzen zugestanden werden, und damit eine Instanz mit voller Ueberprüfungsbe fugnis geschaffen wird, welche mit den örtlichen Verhältnissen vertraut ist. Dies kann der Gleichbehandlung dienen, hängt aber doch wesentlich vom Willen dieser Instanz ab, die Bauentscheide der ihr oft nahestehenden Baukommission zu korrigieren. Zudem können ihr auch die Fachkenntnisse fehlen, was jedoch auch bei kantonalen Instanzen der Fall sein kann.

b) Kantonale Instanzen

Bei den kantonalen Instanzen (2) kann zwischen verwaltungsinternen und verwaltungsgerichtlichen unterschieden werden.

Innerhalb der verwaltungsinternen Rechtspflege tritt meistens der Regierungsrat als einzige (3) oder als zweite (4) Instanz auf. Daneben oder stattdessen werden auch Baurekurskommissionen (5) oder

1) Vgl. Leutenegger II, S. 400 f.

2) Vgl. die Uebersicht über die Rechtsmittelinstanzen bei Leutenegger II, S. 482 ff.

3) Vgl. ZH PBG § 332; ZG VV BauG § 37; LU BauG § 134; AG BauG § 5; vgl. auch Birchler, S. 175

4) Vgl. GL BauG § 56; BL BauG § 129

5) Vgl. ZH PBG § 333 ff.; BL BauG § 127 f.

eine Baudirektion (1) als fachkundige Instanzen eingesetzt. Diesen Instanzen kommt in den Kantonen bezüglich Kontrolle der einheitlichen Rechtsanwendung entsprechend ihrer Ueberprüfungsbefugnis als Rechtsmittelinstanz eine unterschiedliche Bedeutung zu. Dies hängt mit der unterschiedlichen und oft unklaren Zuweisung der Baunormen in den eigenen oder übertragenen Wirkungsbereich der Gemeinden zusammen. Die kantonalen Verfassungen enthalten meist keine klaren Kompetenzumschreibungen (2).

Daneben kann einer verwaltungsinternen Instanz, insbesondere dem Regierungsrat, auch eine Aufsichtskompetenz zukommen, welche sich aus der Oberaufsicht über die kantonale Administration ergibt (3). Dies spielt für die Gleichbehandlung im Sinne einer einheitlichen Rechtsanwendung eine wichtige Rolle, weil damit auch eine Weisungsbefugnis ausserhalb eines formellen Rechtsmittelverfahrens verbunden sein kann.

Die Mehrheit der Kantone hat die Verwaltungsgerichtsbarkeit eingeführt und setzt die Verwaltungsgerichte, meist als zweite kantonale Instanz, zur Ueberprüfung von Bauentscheiden ein (4). Die Verwaltungsgerichte sind reine Rechtsmittelinstanzen und verfügen grundsätzlich nur über eine eingeschränkte Kognitionsbefugnis (5). Dies wirkt sich bezüglich Gleichbehandlung insofern aus, als normalerweise nur eine willkürliche Behandlung als qualifizierte Ungleichbehandlung korrigiert werden kann. Den Verwaltungsgerichten kommt deshalb bei Gleichbehandlungsproblemen nur eine beschränkte Be-

1) Vgl. ZH PBG § 331; AG BauG § 5; GL BauG § 56
Das Gesetz kann die kommunalen Baubehörden auch verpflichten, vor der Erteilung einer Ausnahmegewilligung die Stellungnahme der kantonalen Baudirektion einzuholen. Vgl. ZG VVo zum BauG § 5 betreffend "der spätern Planung vorbehaltenen Zone"

2) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 72 ff. Nr. 12

3) Vgl. auch Hatz, S. 119; Imboden/Rhinow, S. 1066 ff. Nr. 145; Leutenegger II, S. 495 f.

4) Vgl. ZH PBG § 329 Abs. 2 und ZH VRG § 47

5) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 418 Nr. 67; Leutenegger II, S. 498 ff.

deutung zu, weil Ungleichheiten meist innerhalb des Rechtsanwendungsspielraumes entstehen und die Baubehörden sich selten einer offensichtlichen Ungleichbehandlung schuldig machen. Aus demselben Grund unterscheiden die kantonalen Verwaltungsgerichte, gleich wie das Bundesgericht, meistens nicht zwischen konkreter Ungleichbehandlung und Willkür. Sie beurteilen und schützen nur offensichtliche Unregelmässigkeiten in den Bauentscheiden und argumentieren mit dem abstrakten Willkürbegriff.

c) Eidgenössische Instanz

Das Bundesgericht kann unter bestimmten Voraussetzungen wegen willkürlicher (1) Behandlung durch eine Baubehörde als Verletzung eines verfassungsmässigen Rechts (2) angerufen werden. Als Verfügungen der Baubehörde können sowohl die Erteilung als auch die Verweigerung einer Baubewilligung beim Bundesgericht angefochten werden (3). Die meisten Gleichbehandlungsstreitigkeiten werden mit der staatsrechtlichen Beschwerde vor das Bundesgericht gebracht und damit einer höchstinstanzlichen Willkürprüfung unterzogen. Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde können letztinstanzliche kantonale Bauentscheide, welche sich auf das Gewässerschutzgesetz stützen oder Bewilligungen für Bauten ausserhalb der Bauzonen (4) betreffen, an das Bundesgericht weitergezogen werden (5).

1) Vgl. Marti, S. 158 betreffend Willkürkognition

2) Vgl. OG Art. 84 Abs. 1 lit. a; Marti, S. 35 ff.

3) Vgl. BGE 89 I 14

4) RPG Art. 24 und 34

5) Vgl. auch Schürmann, S. 218 f.

2. Kognitionsbefugnis

Die Kognitionsbefugnis der Beschwerdeinstanzen ergibt sich einerseits aus den anwendbaren Baunormen selbst und andererseits aus den aufgrund rechtsstaatlicher Ueberlegungen übertragenen Ueberprüfungsbefugnissen, welche in den kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetzen umschrieben sind (1). Oft könnte ein Hinweis im kantonalen Recht bezüglich Baurechtszugehörigkeit zum eigenen oder übertragenen Wirkungsbereich der Gemeinden einigen Aufschluss geben. Darüber herrscht aber in den meisten Kantonen keine Klarheit (2). Wenn wir dieses Kriterium nur unter dem Gesichtswinkel der Gleichbehandlung betrachten, erscheint die Frage der Art des Wirkungsbereichs überflüssig. Die Baubehörde soll in jedem Fall das anwendbare Baurecht gleichmässig anwenden. Die Unterscheidung findet eine berechtigte Anwendung beim Erlass von Baunormen. Wenn das Baurecht aufgrund der Gemeindeautonomie zum eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde gehört, kann die Gemeinde die ihr gewährte Gestaltungsfreiheit ausnutzen und auch eine entsprechende Praxis entwickeln. Damit erhält die Gemeinde jedoch nicht die Kompetenz, ihr eigenes Recht auch nach eigenem Gutdünken anzuwenden. Die einheitliche Rechtsanwendung basiert nicht auf einheitlichem Recht, sondern verlangt, dass die Baubehörden identisches, gleiches oder nur vergleichbares Baurecht einheitlich, d.h. gleichmässig, anwenden. Den Bauwilligen interessiert die Frage des Wirkungsbereichs wenig, wenn er sich durch eine Baubehörde ungleich behandelt fühlt. Unter diesem Gesichtspunkt könnte eine umfassende Ueberprüfung zu einer Optimierung der Gleichbehandlung beitragen. Zur Rechtfertigung der teilweisen Zurückhaltung der Beschwerdeinstanzen muss angefügt werden, dass es vielfach schwierig ist, zwischen zurückhaltender Ueberprüfung der Zweckmässigkeit und umfassender Prüfung der Gleichmässigkeit abzugrenzen.

1) Vgl. z.B. ZG VRG § 42

2) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 74 Nr. 12

a) Verwaltungsinterne Kognitionsbefugnis

Die verwaltungsinterne Kognitionsbefugnis ist grundsätzlich nicht eingeschränkt (1). Bei der verwaltungsinternen Ueberprüfung geht es vor allem um die Gewährleistung einer einheitlichen Rechtsanwendung (2) innerhalb einer Verwaltungseinheit, wie sie der Kanton bildet (3). Die Geschlossenheit der Verwaltung rechtfertigt ein internes Verfahren, welches nicht unbedingt mehrere Instanzen aufzuweisen braucht (4). Die Mehrstufigkeit erwirkt manchmal den Vorwurf der zeitraubenden Verfahren.

In jenen Bereichen, wo die kommunalen Bewilligungsbehörden über einen Rechtsanwendungsspielraum verfügen (z.B. Ausnahmegewilligungen) (5), steht ihnen wohl ein Anwendungsspielraum zu (6); die gleichmässige Handhabung dieses Spielraumes kann verwaltungsintern grundsätzlich vollumfänglich überprüft werden. In der Praxis zeigt sich, dass die Aufsichtsbehörden sowohl bei der Ueberprüfung der Rechtsetzung als auch der Rechtsanwendung nur eine abstrakte Zweckmässigkeit zu prüfen haben (7).

-
- 1) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 418 Nr. 67; Zimmerlin, S. 50; ZG GVP 1977/78 S. 173 f. mit Verweisungen
 - 2) Damit soll nicht über die Rechtsanwendung das Baurecht vereinheitlicht werden, sondern nur die verschiedenen kommunalen Bauordnungen sollen gleichmässig gehandhabt werden.
Für eine einheitliche Rechtsanwendung kann auch die Unterwerfung der kommunalen baurechtlichen Bewilligungen unter die Genehmigungspflicht sorgen. Vgl. ZH PBG §§ 38 Abs. 2, 40 Abs. 3, 65 Abs. 4
 - 3) Die zentrale, organisatorische Zusammenfassung der vier zürcherischen Baurekurskommissionen (ZH PBG § 337) kann letztlich der Gleichbehandlung dienen, weil damit eine Einheit der Beurteilung der sachgerechten und einheitlichen Rechtsanwendung ermöglicht wird.
 - 4) Vgl. ZH PBG § 329
 - 5) Vgl. auch Leutenegger II, S. 496
 - 6) "In der Regel schützt der Regierungsrat durchaus Ermessensentscheide der Gemeindebehörden, die in der Grössenordnung von rund 10% von der Norm abweichen" (ZG RRB v. 27.1.76 betreffend Ausnützungsziffern).
 - 7) Vgl. BGE 104 Ia 139; ZH RB 1973 Nr. 9

Eine gewisse Zurückhaltung erscheint allgemein dort angebracht, wo es um die Würdigung örtlicher Verhältnisse geht (1). Eine verwaltungsinterne Rechtsmittel- oder Aufsichtsbehörde darf sich aber nicht ohne gesetzliche Grundlage auf Ermessensmissbrauch beschränken, wie es für das Verwaltungsgericht normalerweise vorgesehen ist (2). Eine Behörde, welche eine umfassende Kognition besitzt, begeht eine formelle Rechtsverweigerung, wenn sie sich mit einer blossen Willkürprüfung begnügt (3).

b) Verwaltungsgerichtliche Kognitionsbefugnis

Im Unterschied zur verwaltungsinternen ist die verwaltungsgerichtliche Kognitionsbefugnis grundsätzlich eingeschränkt (4). Das Verwaltungsgericht ist eine gerichtliche Instanz, welche nicht zum geschlossenen Verwaltungssystem gehört. Es überprüft die Anwendung des Baurechts als Verwaltungsrecht und verfügt normalerweise nicht über spezifisch baurechtliche Kenntnisse. Das Verwaltungsgericht überprüft nach dem verwaltungsinternen Verfahren als erste richterliche Instanz die angefochtenen Baumentscheide und beschränkt sich dabei auf Rechtsverletzungen. Dies bedeutet für die Gleichbehandlung, dass eine Beschwerde nur im Rahmen der Rechtmässigkeit geprüft und eventuell geschützt werden kann. Innerhalb des Anwendungsspielraumes darf das Verwaltungsgericht nicht frei überprüfen (5). Besonders anschaulich wird die Abgrenzung im Ermessensbereich. Während eine verwaltungsinterne Instanz auch eine unan-

1) Eine Zurückhaltung kann sich unzulässigerweise auch aus Gründen der Arbeitsbelastung ergeben, weil eine Rechtsmittel- oder Aufsichtsbehörde aus Zeitmangel auf genauere Abklärungen verzichtet.

2) Vgl. ZG RRB v. 1.6.71

3) Vgl. BGE 101 Ia 57; ferner Birchler, S. 181

4) Vgl. Eggenschwiler Ernst, in ZBJV 1966 S. 180 ff.: Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit; Leutenegger II, S. 498 ff.; Zimmerlin, S. 57

5) Vgl. ZH RB 1974 Nr. 17, 1972 Nr. 15, 1970 Nr. 10 und 12

gemessene Behandlung als Ungleichbehandlung betrachten und korrigieren könnte, sind für das Verwaltungsgericht erst die Ermessensüberschreitung (1) oder der Ermessensmissbrauch (2) als Rechtsverletzungen (3) unzulässige Gleich- oder Ungleichbehandlungen. In diesem Sinne muss auch die Feststellung verstanden werden, dass es sich um eine Rechtsfrage handle, ob eine Rechtsungleichheit vorliege (4). Es wäre m.E. auch nicht zweckmässig, wenn das Verwaltungsgericht im Baurecht, wo es vielfach um technisches Ermessen geht, in den Ermessensspielraum der Baubehörden eingreifen würde. Natürlich ist man auch beim verwaltungsgerichtlichen Verfahren versucht zu sagen, dass eine vollumfängliche Ueberprüfung im Ermessensbereich für die Gleichbehandlung wünschenswert wäre. Aber da angesichts der Relativität von Gleichheit und Ungleichheit die Behandlungen auch nur geringe Differenzierungen aufweisen können, besteht die Gefahr, dass eine umfassende verwaltungsgerichtliche Beurteilung nur zu einer anderen Gewichtung, nicht aber zu einer einzelfallgerechteren Behandlung führen würde. Das Verwaltungsgericht kann ausnahmsweise zu voller Ermessensüberprüfung befugt sein (5). Analoges gilt für das Bundesgericht, wenn es eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde nach OG Art. 97 ff. beurteilt. Die Kognition des Bundesgerichts ist in der Regel auf Bundesrechtsverletzungen und unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts beschränkt (6). Zu voller Ermessensüberprüfung kommt das Bundesgericht nur in Ausnahmefällen, wenn das Bundesrecht die Rüge der

1) Vgl. ZH VG in RB 1964 Nr. 28;
BGE 97 I 137

2) Vgl. auch BGE 95 I 39

3) Vgl. auch Schwere, S. 109 mit Verweisungen;
BGE 97 I 583

4) Vgl. BGE in ZBI 1965 S. 304

5) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 418 f.

6) Vgl. OG Art. 104

Zur bundesrechtlichen Verwaltungsgerichtsbeschwerde vgl. auch Schürmann, S. 218 f.

Unangemessenheit vorsieht (1). Dies trifft beispielsweise für den Gewässerschutz zu (2).

Durch die Einschränkung der verwaltungsgerichtlichen Kognitionsbefugnis nimmt die Erfolgsaussicht für den Bauwilligen bei der Geltendmachung einer Ungleichbehandlung ab, weil nur eine qualifizierte Ungleichbehandlung, welche Willkür darstellt, geschützt wird.

III. BESCHWERDEOBJEKT

Beschwerdeobjekt ist der Bauentscheid als Abschluss des Baubewilligungsverfahrens oder ein weiterziehbarer Beschwerdeentscheid (3). Der Entscheid bezüglich der Ausnahmegewilligung kann nur selbständig angefochten werden, wenn es sich um einen unabhängigen, rechtsmittelfähigen Entscheid handelt (4). Bildet der Ausnahmeentscheid integrierenden Bestandteil des Bauentscheides als Gesamtentscheid, ist dieser als ganzes anzufechten.

IV. BESCHWERDEGRÜNDE

Die Beschwerdegründe (5) richten sich nach der Art der Verletzung und nach dem Umfang der Kognitionsbefugnis der angerufenen Ueberprüfungsinstanz. Eigentlicher Beschwerdegrund wäre in unserem Zusammenhang immer der Verstoss gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Der anfechtende Bauwillige fühlt sich in unserem Fall durch

1) OG Art. 104 lit. a Ziff. 3

2) Vgl. Art. 10 des BG vom 8.10.1971 über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung

3) Vgl. Zimmerlin, S. 49 f. und S. 56 f.

4) Vgl. Leutenegger II, S. 414

5) Vgl. Zusammenstellung bei Leutenegger II, S. 417 ff.

einen Bauentscheid ungleich behandelt und beruft sich in seiner Beschwerdeschrift auf den Gleichbehandlungsgrundsatz. Der Grund oder die mögliche Fehlerquelle liegt normalerweise irgendwo innerhalb der rechtsanwendenden Tätigkeit der Baubehörde. Eine materielle Ungleichbehandlung kann sich ergeben aus unrichtiger Anwendung der Baunormen im allgemeinen, aus unrichtiger Handhabung des Ermessens oder aus unrichtiger Feststellung des Sachverhaltes im besonderen (1).

Der Umfang der anfechtbaren Verletzung hängt - wie bereits erwähnt - von der Kognitionsbefugnis der überprüfenden Instanz ab. Im verwaltungsinternen Verfahren kann bereits eine Unangemessenheit den schützenswerten Beschwerdegrund darstellen. Je eingeschränkter die Kognitionsbefugnis einer angerufenen Instanz ist, umso qualifizierter muss der Beschwerdegrund sein, um als Verstoss gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz betrachtet zu werden.

V. BESCHWERDELEGITIMATION UND BESCHWERDEFRIST

1. Beschwerdelegitimation

Die Legitimation bildet auch im Baurecht den Schlüssel für das Rechtsmittelverfahren (2). Die Bestimmungen über die Beschwerdelegitimation umschreiben die Voraussetzungen, welche eine Person zu erfüllen hat, um aufgrund des positiven Rechts zur Ergreifung eines Rechtsmittels befugt zu sein. Die Beschwerdelegitimation ist Sachurteilsvoraussetzung, welche in der Person des Beschwerdeführers erfüllt sein muss, damit die Beschwerdeinstanz auf die Beschwerde eintreten kann (3). Die Beschwerdelegitimation

1) Vgl. auch Leutenegger II, S. 418 ff.

2) Vgl. Schürmann, S. 209 ff.

3) Vgl. Hatz, S. 138 ff.

des Beschwerdeführers und die Kognitionsbefugnis der Beschwerdeinstanz übernehmen ähnliche Funktionen und bestimmen den Umfang des Rechtsschutzes. Von der Kognitionsbefugnis hängt ab, in welchem Umfang der angefochtene Bauentscheid überprüft werden darf oder wie differenziert der Rechtsschutz gewährt werden kann. Von der Beschwerdelegitimation hängt ab, wie weit der gesetzlich gewährte Rechtsschutz in Anspruch genommen werden kann.

Der Bauwillige als Baugesuchsteller und Adressat des Bauentscheides ist beschwerdelegitimiert (1), wenn er mit der Beschwerde ein schutzwürdiges Interesse wahren will und das Verfahren geeignet erscheint, die gewünschte Entlastung zu bringen (2). Der Baugesuchsteller ist normalerweise immer legitimiert, weil er durch die angefochtene Verfügung betroffen ist. Mit dem schutzwürdigen Interesse (3) soll nichts anderes gemeint sein als das rein prozessuale Rechtsschutzinteresse an der Anfechtung der Verfügung (4).

Nach Art. 33 Abs. 3 lit. a des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22.6.1979 (RPG) hat das kantonale Recht die Beschwerdelegitimation mindestens im gleichen Umfang wie für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht gemäss OG Art. 103 zu gewährleisten. Damit wurde ein Mindestmass der Beschwerdelegitimation einheitlich festgesetzt, und die kantonalen Rechtsmittelinstanzen haben sich daran zu orientieren (5). Dadurch wird auf eidgenössischer Ebene eine Gleichbehandlung betreffend Beschwerdelegitimation angestrebt.

1) Vgl. Leutenegger II, S. 436; Schürmann, S. 211

2) Vgl. auch ZH VG in VB 125/1980

3) OG Art. 103 lit. a

4) Vgl. BGE 103 Ib 150 f.

5) Vgl. ZH VG in VB 125/1980

2. Beschwerdefrist

Die Vielfalt der Rechtsmittelfristen in den verschiedenen Kantonen reicht von zwei bis dreissig Tagen (1).

Der Bauwillige kann den ungleichbehandelnden Bauentscheid innert der vorgeschriebenen Frist anfechten. Wenn sich der Bauwillige erst durch einen spätern Bauentscheid, welcher einen Dritten als Adressaten hat, ungleich behandelt fühlt, kann er seinen Bauentscheid nach abgelaufener Frist nicht mehr anfechten. Zur Anfechtung eines andern Bauentscheides, welcher seiner Ansicht nach gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstösst, müsste er aus anderer Stellung legitimiert sein. Das Beschwerderecht muss im Interesse der Rechtssicherheit nach ungenutztem Ablauf einer bestimmten Zeit verwirkt sein.

1) Vgl. Zusammenstellung bei Leutenegger II, S. 470 ff. und betr. SZ, Birchler, S. 181 f.; GR, Hatz, S. 128 ff.

§ 18 BESCHWERDELEGITIMIERTE AUSSER DEM BAUGESUCHSTELLER

I. ALLGEMEIN

Die Beschwerdelegitimation (1) ist grundsätzlich durch jede Beschwerdeinstanz von Amtes wegen neu zu überprüfen. Dies ist vor allem bei Beschwerdeführern, welche nicht Adressaten des Bauentscheides sind, von Bedeutung. Der Bauwillige dürfte in den meisten Fällen bei einschränkenden Bauentscheiden sein Gleichbehandlungsinteresse selbst wahrnehmen. Bei einem den Bauwilligen begünstigenden Bauentscheid kann es sich jedoch ebenso um eine Ungleichbehandlung handeln. Wenn dieser Bauentscheid von niemandem angefochten wird, bleibt er mit seiner präjudiziellen Bedeutung bestehen.

Durch die Vereinheitlichung der Beschwerdelegitimation aufgrund von RPG Art. 33 Abs. 3 lit. a hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu OG Art. 103 allgemeinere Bedeutung erlangt. Gemäss OG Art. 103 lit. a ist zur Beschwerde berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Aenderung hat (2). Damit soll in erster Linie eine Popularbeschwerde ausgeschlossen werden (3). Das Interesse einer beliebigen Person reicht nicht aus, um eine Verfügung überprüfen zu lassen. Der Beschwerdeführer muss zum Bauprojekt eine gewisse Beziehung aufweisen.

Als Leitmaxime der Beschwerdelegitimation dient das Rechtsschutzinteresse (4), wobei sich die Anforderungen geändert haben. Bisher war es im Baubewilligungsverfahren laut kantonalen Verwaltungs-

1) Vgl. allgemein Leutenegger II, S. 421 ff.; Bezüglich staatsrechtlicher Beschwerde vgl. Marti, S. 63 ff.

2) Diese Regelung kann von den Kantonen direkt übernommen werden, um RPG Art. 33 zu genügen. Vgl. beispielsweise ZH Einführungsverordnung zum RPG, § 5

3) Vgl. dazu Gygi, S. 111

4) Vgl. Leutenegger II, S. 427; Zimmerlin, S. 50 ff.

rechtspflegegesetzen häufig notwendig, dass der Beschwerdeführer durch den Bauentscheid "in seinen Rechten betroffen" wurde (1). Demgegenüber verlangt OG Art. 103 lit. a nicht mehr die Beeinträchtigung der subjektiven Rechtsstellung, sondern berechtigt jeden zur Ergreifung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, welcher "durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Aenderung hat". Ein Rechtsschutzinteresse ist vorhanden, wenn der Beschwerdeführer einen praktischen Nutzen hat bzw. einen Nachteil, den der angefochtene Bauentscheid für ihn zur Folge hätte, abwenden kann (2). Damit kommt es auch nicht mehr auf die Schutzrichtung der angerufenen Norm an, und zwischen dem Schutzbereich der Norm und den geltend gemachten Interessen muss kein besonderer Zusammenhang bestehen. Das Interesse des Beschwerdeführers kann demnach rechtlicher oder rein tatsächlicher, wirtschaftlicher, ideeller oder anderer Natur sein (3). Obwohl dazu auch das Gleichbehandlungsinteresse gezählt werden könnte, genügt dies allein nicht, weil damit indirekt eine Popularbeschwerde (4) geschaffen würde.

Damit ist die Beschwerdelegitimation von der Anforderung der subjektiven Rechts- oder Interessenverletzung befreit, und mit dem notwendigen schutzwürdigen Interesse ist nichts anderes als das rein prozessuale Rechtsschutzinteresse gemeint (5).

1) Vgl. Birchler, S. 175

2) Vgl. Gygi, S. 113 ff.; Gygi, Eidgenössische und kantonale Verwaltungsgerichtsbarkeit, in ZBJV 112/1976 S. 289 ff.; BGE 104 Ib 245 ff. = ZBI 1979 S. 85 ff.; 103 Ib 149 ff.; 99 Ib 107; AG VG in ZBI 1980 S. 268 ff.

3) Vgl. Gygi, S. 117; BGE 104 Ib 251 ff. = ZBI 1979 S. 89 ff.; BGE in ZBI 1979 S. 481; AG VG in ZBI 1980 S. 276

4) Vgl. Leutenegger II, S. 433; BGE 104 Ib 249; ZG GVP 1977/78 S. 211 f.

5) Vgl. BGE 103 Ib 150 f.

II. NACHBAR

Der Nachbar (1) kann grundsätzlich nachbarliche Ansprüche (2) geltend machen. Damit ist aber noch wenig über seine Legitimation ausgesagt. Die Beschwerdelegitimation des Nachbarn in baurechtlichen Fragen hängt in Anbetracht der unter Ziffer I gemachten Ausführungen davon ab, ob für ihn einerseits eine genügend enge nachbarliche Raumbeziehung zum Bauprojekt besteht und ob er andererseits durch die Erteilung der Baubewilligung in den angefochtenen Punkten mehr als irgend jemand oder die Allgemeinheit im eigenen Interesse berührt ist (3). Die Beschwerdelegitimation des Nachbarn muss bei jeder Beschwerde neu geprüft werden. Diese Prüfung von Amtes wegen entbindet den Beschwerdeführer aber nicht davon, die legitimationsbegründenden Umstände nötigenfalls darzulegen (4).

Die Beschwerde des Nachbarn kann, wenn auch nur indirekt, zur Verwirklichung der Gleichbehandlung beitragen. Seine Beschwerde wirkt primär im Rahmen der Gesetzmässigkeit, weil er daran interessiert ist, dass auf dem benachbarten Grundstück vorschriftsgemäss gebaut wird. Dabei wird er sich normalerweise auf die abstrakten Baunormen und nicht auf mögliche konkrete Vergleiche beziehen.

1) Vgl. Leutenegger II, S. 430 und S. 438 ff.; Schürmann, S. 210 f.; Zimmerlin, S. 51 f.

2) Vgl. ZH PBG § 315

3) Vgl. BGE 104 Ib 256 = ZBI 1979 S. 92; 103 Ib 149 f.; ZH VG in VB 125/1980

4) Vgl. dazu BGE 104 Ib 254 f.

III. GEMEINDE

Wenn die Baubehörde (1), sei es die Baukommission als vom Gemeinderat eingesetztes Organ oder der Gemeinderat selbst als Exekutivorgan, einen Bauentscheid verfügt und der Baugesuchsteller ihr Ungleichbehandlung vorwirft, wird sie versuchen, ihre öffentlichen Interessen zu vertreten. Damit wird die Gemeinde bei Gleichbehandlungsstreitigkeiten als Bewerdegegnerin auftreten. Ihren Standpunkt kann sie in Ihrer Beschwerdeantwort dartun (2).

Die Gemeinde ist grundsätzlich zur Beschwerdeführung legitimiert, wenn sie durch die angefochtene Verfügung gleich oder ähnlich betroffen ist wie eine Privatperson (3) oder wenn sie in ihrer Gemeindeautonomie berührt wird (4). Im Zusammenhang mit der Gleichbehandlung von grösserer Bedeutung ist der Fall, in dem sich die Gemeinde (5) durch einen verwaltungsinternen Beschwerdeentscheid in der ihr vom kantonalen Recht zugestandenen Gemeindeautonomie (6) verletzt fühlt (7). Eine kantonale Beschwerdeinstanz kann beispielsweise einen Bauentscheid wegen Ungleichbehandlung aufheben. Wenn nun das Gleichheitsproblem in einen Ermessensspielraum fällt, kann sich die Gemeinde in ihrer Autonomie eingeschränkt fühlen. Dabei stellt sich wiederum das schwierige Problem der Abgrenzung

-
- 1) Zur Beschwerdelegitimation von kommunalen und kantonalen Baubehörden vgl. Leutenegger II, S. 458 f.
 - 2) Darin können auch die Absichten einer Baubehörde bezüglich ihrer künftigen Bewilligungspraxis zum Ausdruck kommen. Vgl. vorne S. 122 ff. und S. 144 ff.
 - 3) Vgl. BGE 99 Ib 213; 98 Ib 16; Gygi F., im ZSR 1979 S. 449 ff.
 - 4) Vgl. BGE 103 Ia 468; vgl. ausführliche Erläuterung bei Kölz A., in ZBl 1977 S. 97 ff.: Die Beschwerdebefugnis der Gemeinde in der Verwaltungsrechtspflege.
 - 5) Zur Beschwerdelegitimation der Gemeinde vgl. Leutenegger II, S. 430 f. und S. 454 ff.; Zimmerlin, S. 52
 - 6) Vgl. Hatz, S. 27 ff.; Meyer Max, S. 4 ff.
 - 7) Vgl. auch ZG GVP 1977/78 S. 173 f.

zwischen Zweckmässigkeit und Gleichmässigkeit (1). Bezüglich Autonomie ist zunächst abzuklären, ob kommunales (2), kantonales (3) oder eidgenössisches (4) Recht angewandt wurde. Wurde kommunales Baurecht angewandt, ist zudem festzustellen, ob es zum eigenen oder übertragenen Wirkungsbereich der Gemeinde gehört. Je nachdem kann sich der Umfang der Kognitionsbefugnis der Beschwerdeinstanz ändern.

Unterschiedlich geregelt ist in den Kantonen die Beschwerdelegitimation der Gemeinden, wenn eine kantonale Bewilligungsinstanz entscheidet (5). Betreffend Bundesrecht sind sowohl Kantone als auch Gemeinden zur Beschwerde berechtigt (6).

Zusammenfassend ergibt sich, dass im Baurecht neben dem Adressaten des Bauentscheides auch Dritte, insbesondere der Nachbar, beschwerdelegitimiert sind, soweit sie ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Aenderung des Bauentscheides geltend machen können (6).

1) Vgl. dazu vorne S. 158

2) Vgl. BGE 100 Ia 275; 97 I 134 ff.

3) Hat die Gemeinde als Vollzugsorgan kantonales Recht angewandt, so wird sie durch einen von ihrer Anordnung abweichenden Entscheid einer kantonalen Oberbehörde nicht im Sinne von § 21 VRG "in ihren Rechten betroffen" und ist zur Beschwerde nicht befugt, sondern muss als untere Behörde nach dem Subordinationsprinzip den Entscheid der oberen Behörde hinnehmen (ZH VG in VB 38/1978, ZH VG in RB 1976 Nr. 6, RB 1974 Nr. 13). Diese Auffassung entspricht zumindest bezüglich Beschwerdelegitimation nicht mehr dem heutigen Stand.

4) In diesem Fall wäre auch die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zulässig.

5) Vgl. Leutenegger II, S. 456 ff.

6) RPG Art. 34 Abs. 2; Vgl. zum Rechtsschutz gemäss RPG auch Gygi Fritz in BTJP 1980, S. 67 ff.

7) Vgl. auch Schürmann, S. 211 f.

§ 19 ZUSAMMENFASSUNG

Die konkrete Gleichbehandlung, welche gleiche Behandlung der Bauwilligen unter gleichen Voraussetzungen verlangt, orientiert sich an den vergleichbaren Bauentscheiden und den zugrundeliegenden tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen zum Zeitpunkt der Verfügung. Es geht um die Würdigung eines oder mehrerer Präjudizien. Die Vielfalt der anwendbaren Baunormen in den verschiedenen Gemeinden und Kantonen mit ihren eigenen Bewilligungsbehörden sowie die Individualität der örtlichen Verhältnisse schränken die Möglichkeit für konkrete Vergleiche stark ein. Innerhalb der Kantone können, je nach Umfang der Gemeindeautonomie, Rechtsanwendungsvergleiche zwischen Gemeinden angestellt werden. Unsere föderalistische Staatsstruktur ist dreistufig und soll gewisse Befugnisse, auch bezüglich Rechtsetzung, der Gemeinde als unterster Stufe überlassen. Würde die kommunale Baubehörde bei der Anwendung der kommunalen oder kantonalen Baunormen über keinen Anwendungsspielraum verfügen, könnte aus rechtsanwendungstechnischer Sicht genau so gut direkt eine kantonale oder sogar eidgenössische Bewilligungsbehörde entscheiden. Natürlich könnte möglicherweise mit einer zentralistischen Bewilligungsorganisation auf kantonaler oder eidgenössischer Ebene die Gleichbehandlung formell verbessert werden. Ob damit auch eine materielle Verbesserung eintreten würde, ist eher zu bezweifeln. In der heutigen Praxis stellt die Gleichbehandlung im wesentlichen auf die kommunalen oder kantonalen Rechtskreise ab, welche ihrerseits rechtsetzungsbedingte Unterschiede aufweisen, ohne gegen die Rechtsgleichheit zu verstossen.

Die Beschwerdeinstanzen und Aufsichtsbehörden auferlegen sich bei der Ueberprüfung der Bauentscheide teilweise grosse Zurückhaltung, obwohl eine solche - ausser bei Würdigung der örtlichen Verhältnisse - nicht immer angebracht erscheint. Darunter leidet, wenn auch oft nur in geringem Masse, die Gleichbehandlung.

Aber auch innerhalb einer Gemeinde fällt es vielfach äusserst schwer, konkrete Vergleiche herzustellen. In den meisten Fällen lassen sich die Baubehörden keine krassen Ungleichbehandlungen zuschulden kommen, und kleinere Abweichungen können sie durch die unterschiedlichen Voraussetzungen meistens leicht rechtfertigen. Dies gilt auch für die Praxisänderungen. Am ehesten möglich erscheinen Vergleiche, soweit die gleiche Zonenart betroffen ist. Die Zoneneinteilung, welche bereits ihrerseits Ungleichheiten schafft, ermöglicht eine gewisse Gruppengleichheit innerhalb der einzelnen Zonen. Dasselbe gilt für Quartiere, welche ebenfalls Gleichbehandlungsgruppen bilden können. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtet die Baubehörden zu einer gleichmässigen, einheitlichen Rechtsanwendung. Die Baunormen sind richtig und gleichmässig auszulegen, und vor allem die Ermessensbetätigung muss nach gleichen Grundsätzen und Massstäben erfolgen. Die Baubehörden sollen sich bei der Komplexität der baurechtlichen Fragen und Normen auf den einzelnen Fall konzentrieren, um ihn möglichst vorschriftsgemäss und gerecht zu behandeln. Die Entwicklung in der Bautechnik und in der Umweltgestaltung ändert sich dauernd. Die Beurteilung eines Baugesuchs bedeutet immer eine Momentaufnahme im Zeitpunkt des Bauentscheides. Dabei darf die Baubehörde die präjudizielle Bedeutung eines Bauentscheides nicht ausser acht lassen, ohne sich jedoch mit einer scheinbaren, formellen Gleichbehandlung zu begnügen. Die Baubehörden sollten auch, soweit möglich und zumutbar, die durch zulässige Ungleichbehandlungen entstehenden Ungleichheiten mit Auflagen oder andern Anordnungen sukzessive auszugleichen versuchen.

Angelpunkt der ganzen baurechtlichen Gleichbehandlung sind die anwendbaren Baunormen, und in den meisten Fällen, wo konkrete Vergleiche nicht möglich sind oder negativ ausfallen, kann sich der Bauwillige nur daran orientieren. Interessierte Dritte, welche oft ohnehin nur über wenige Informationsunterlagen verfügen, sind auf eine minimale Publizität angewiesen. Ausnahmbewilligungen sollten, als solche gekennzeichnet, regelmässig publiziert werden.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz, welcher an sich bei Gleichheit konkrete Gleichbehandlung verlangt, bleibt unter den angeführten Umständen meistens auf Gesetzesgleichheit beschränkt. Die Gründe dafür sind hauptsächlich die Vielfalt der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse, der Spielraum der Baubehörden sowie die teilweise Zurückhaltung der verwaltungsinternen Beschwerdeinstanzen und die gerichtliche Kognitionsbeschränkung. Damit erhält der Gleichbehandlungsgrundsatz in der Praxis meist nur eine präventive Funktion, indem er, ähnlich wie eine verwaltungsinterne Weisung, die Baubehörden zu möglichst gleichbehandelnden, angemessenen Bauentscheiden anhält. Ungleichbehandlungen kleineren Ausmasses lassen sich meistens im Beschwerdeverfahren nicht korrigieren. In den meisten Fällen bleibt der Rechtsschutz auf krasse Ungleichheiten beschränkt. Unter diesem Gesichtspunkt mag es auch nicht verwundern, wenn nicht (mehr) zwischen konkreter Gleichbehandlung und Willkür unterschieden wird, sondern alle Rechtsgleichheitsverletzungen vom Willkürbegriff erfasst werden. Der Anspruch auf konkrete Gleichbehandlung reduziert sich in den meisten Fällen auf einen Gesetzmässigkeitsanspruch im Sinne einer abstrakten Gleichbehandlung.

Lebenslauf

12. Januar 1949	in Zug geboren
1959 - 1962	Primarschule in Zug
1962 - 1964	Sekundarschule in Zug
1964 - 1965	Handelsschule in Neuchâtel
1965 - 1969	Lehre als Elektromonteur
April 1969	Lehrabschlussprüfung
1971 - 1974	Besuch einer Maturitätsschule in Zürich
März 1975	Erwerb der Zürcher Kantonalen Handelsmatura
1975 - 1980	Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Zürich
Mai 1980	Promotion zum Lizentiaten der Rechte an der Universität Zürich
Dezember 1981	Promotion zum Doktor der Rechte an der Universität Zürich

